

تأليف

القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق

محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء الخامس

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

باب ما جاء فى خطبة النساء

الخطبة بكسر الخاء: ما يورد من الخطب فى استدعاء النكاح والإجابة إليه، وهو فى غير ذلك الخطبة، بضم الخاء. قال أبو إسحاق الزجاج: الخطبة فيما له أول يريد، والله أعلم، أن الخطبة بكسر الخاء، ما يجرى من المراجعة والمحاولة للنكاح؛ لأنه أمر غير مقدر ولا يتعين له أول ولا آخر؛ لأن هذا اللفظ قد يستعمل فى كل ما يستدعى به النكاح من القول، وإن لم يكن مؤلفًا على نظم الخطب، فيقال فلان يخطب فلانة، إذا استدعى نكاحها، وإن لم يوجد منه لفظ يسمى خطبة.

ويدل على ما ذهب إليه أبو إسحاق الزجاج، قوله ﷺ: «**لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه**»(*) ولم يعن بالخطبة الكلام المؤلف الذى يؤتى به عنه انعقاد النكاح، وإنما أراد ما يتراجع به القول عند محاولة ذلك ومراوضته، والخطبة فى استدعاء النكاح مشروعة. قال مالك فى كتاب محمد: هى مستحبة، وهى من الأمر القديم، وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء. وقال داود: هى واجبة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور حديث سهل بن سعد الذى يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى أن النبى ﷺ قال للذى لم يجد خاتمًا من حديد: «قد ملكتكها بما معك من القرآن»[1].

١٠٧٩ - مَالِكٌ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنِ الأَعْرَجِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ

(*) سيأتى تخريجه فى الحديث رقم ١٠٧٩.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٠٣٠، ٥٠٨٧، ٥١٢٦، ٥١٤١، ٥٨٧١. مسلم حديث رقم ١٤٢٥. الترمذى حديث رقم ١١١٤. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٠٠. ابن ماجه حديث رقم ١٨٨٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٣٢٤. الدارمى حديث رقم ٢٢٠١.

١٠٧٩ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٤٧. ومسلم فى النكاح ٢٥٣٤. والترمذى فى النكاح ١٠٥٣. والنسائى فى النكاح ٣١٨٥، ٣١٨٦، ٣١٨٧، البيوع ٤٤١٣، ٤٤١٨، ٤٤٢٤. وأبو داود فى النكاح ١٧٨١. وابن ماجه فى النكاح ١٨٥٧. وأحمد فى باقى مسند المكثرين=

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»(١).

١٠٨٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»(١).

قَالَ مَالِك: وَتَفْسِيرُ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، لا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَتَرْكَنَ إِلَيْهِ، وَيَتَّفِقَانِ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ مَعْلُومٍ، وَقَدْ تَرَاضَيَا فَهِيَ تَشْتَرِطُ عَلَيْهِ لِنَفْسِهَا، فَتِلْكَ الَّتِي نَهَى أَنْ يَخْطُبَهَا الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، وَلَمْ يَعْنِ بِذَلِكَ إِذَا خَطَبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ، فَلَمْ يُوَافِقْهَا أَمْرُهُ، وَلَمْ تَرْكَنْ إِلَيْهِ أَنْ لا يَخْطُبَهَا أَحَدٌ، فَهَذَا بَابُ فَسَادٍ يَدْخُلُ عَلَى النَّاسِ.

= ٦٩٥٠، ٧٣٧٥، ٧٧٥٣، ٧٨٧٨، ٨٧٥٧، ٨٩٦٦، ٩١٥٣، ٩٥٢٠، ٩٥٧٢، ٩٨٤٥، ٩٩٥٣، ١٠١٩٧، ١٠٢٧١، ١٠٤٢٤. والدارمى فى النكاح ٢٠٨٠. والبيهقى فى الكبرى ١٧٩/٧. والبغوى فى شرح السنة ٨٨/٩، عن ابن عمر. وذكره الهيثمى فى المجمع ٢٧١/٤ وعزاه إلى أبى داود، عن عمران بن حصين.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٩/٧: هذا حديث صحيح، ثابت عن النبى ﷺ، وروى عن أبى هريرة من وجوه، ورواه أيضًا ابن عمر، عن النبى ﷺ.

والمعنى فيه عند أهل العلم بالحديث أن الخاطب إذا ركن إليه، وقرب أمره، ومالت النفوس بعضها إلى بعض فى ذلك، وذكر الصداق ونحو ذلك، لم يجز لأحد حينئذ الخطبة على رجل قد تناهت حاله وبلغت ما وصفنا. والدليل على ذلك: أن رسول الله ﷺ قد خطب لأسامة بن زيد فاطمة بنت قيس إذ أخبرته أن معاوية وأبا جهم خطباها، ولم ينكر أيضًا خطبة واحد منهما وخطبها على خطبتهما إذ لم يكن من فاطمة ركون وميل. والله أعلم. وهذا الباب يجرى مجرى قوله ﷺ: «لا يبع بعضكم على بيع بعض ولا يسوم أحدكم على سوم أخيه». ألا ترى أنه لو ترك البائع مع أول مساوم لأخذ السلعة بما شاء ولكان فى ذلك ضرر بين داخل على الناس.

١٠٨٠ - أخرجه البخارى فى البيوع ١٩٩٥، النكاح ٤٧٤٦. ومسلم فى البيوع ٢٧٨٧. والترمذى فى البيوع ١٢١٣. والنسائى فى النكاح ٣١٨٤، ٣١٨٩. وأبو داود فى النكاح ١٧٨٢. وابن ماجه فى النكاح ١٨٥٨. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٧٨، ٤٧٦٨، ٥٧٦١، ٥٧٨٧، ٥٨١٥، ٥٨٦١، ٥٩٩٤، ٦١٢٣. والدارمى فى النكاح ٢٠٨١.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٤٨/٧: هكذا هو قول الموطأ عند جميع الرواة، ورواه أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ، قال: «لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له»، وروى صخر بن جويرية، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه إلا أن يترك أو يأذن له».

الشرح: قوله ﷺ: **«لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»** نهى أن يخطب امرأة قد خطبها أخوه المسلم، ورضيت به ووافقته على صداق معلوم. وكذلك روى عن ابن نافع أن له أن يخطب ما لم يتفقا على صداق معلوم على رواية الموطأ.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون: أن المرأة إذا أظهرت الرضا بالرجل، فقد نهى غيره عن أن يخطب تلك المرأة، وإن لم يتفقا على صداق.

وجه قول ابن نافع أن الموافقة لم تكمل بعد، وإنما تكمل بالتفويض أو بفرض الصداق، وذلك أن كثرة الصداق قد ترغبها فيمن تزهد فيه كما أن قلته قد تزهدها فيمن ترغب فيه، وهو عوض بضعها ومعظم ما يبذله زوجها.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به ابن حبيب من أن ذكر الصداق ليس بشرط فى صحة النكاح؛ لأنه قد ينعقد من غير تسميته فى نكاح التفويض.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ووجد ما ذكرناه من الموافقة وإظهار الرضا، فقد منع غير ذلك الرجل من خطبتها، وإن لم يوجد الإيجاب بعد، وهذا مع تكافؤ حالتى الرجلين فى الدين.

فأما إذا كان الأول غير مرضى الدين وكان الثانى مرضيًا، فقد قال ابن القاسم: إنى لا أرى على من دخل فى مثل هذا شيئًا، ولا أرى الحديث إلا فى الرجلين المتقاربين، وأما صالح وفاسق، فلا.

مسألة: ومن خطب على خطبة أخيه، فقد روى سحنون عن ابن القاسم فى العتبية: يؤدب.

وإن عقد على ذلك، فهل يفسخ نكاحه أو لا؟ روى سحنون عن ابن القاسم: لا يفسخ. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يفسخ قبل البناء ولا بعده، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وروى ابن حبيب عن ابن نافع: يفسخ قبل البناء وبعده. وروى ابن مزين عن ابن نافع: يفسخ قبل البناء، ولا يفسخ بعده. وقال القاضى أبو محمد: إن الظاهر من المذهب الفسخ.

ودليلنا عليه نهى النبى ﷺ عن ذلك، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه.

ووجه القول الأول أن النهى إنما يتعلق بالخطبة دون النكاح، فلم يقتض فساد عقد النكاح.

فرع: فإذا قلنا لا يفسخ، فقد روى العتبى عن عيسى عن ابن وهب: إنه يستحب لهذا العاقد أن يتوب من فعله ويعرضها على الخاطب أولا، فإن حلله، رجوت له فى ذلك مخرجًا، فإن أبى فليفارقها، فإن نكحها الأول، وإلا فلهذا أن يأتنف معها نكاحًا. قال عيسى: وقال ابن القاسم: إن لم يحلله، فليستغفر الله تعالى ولا شيء عليه.

وجه قول ابن وهب أن العقد وقع على وجه الكراهية، وإن أتى، فلا يمكنه الخروج منه إلا بالفراق، فإن نكحها الأول، وإلا فهذا الثانى أحد الخطاب.

ووجه قول ابن القاسم أن فراقه إياها لا معنى له؛ لأنه حق لم يثبت بعد، وكان للمرأة أن تمتنع من نكاح الأول حين خطبة الثانى، ولكن يستغفر الله تعالى لمخالفته نهى النبى ﷺ.

فصل: وقوله: «**ولم يعن بذلك إذا خطب الرجل امرأة فلم يوافقها**» يعنى أنها المبلغ الذى تقدم قبل هذا فيما يمنع الخطبة أو لم يوافقها، وأظهرت وده، فلم ينه عن هذه أن يخطبها سواه.

قال مالك: «**فهذا باب فساد يدخل على الناس**» يريد والله أعلم، أن مضرة هذا كانت تعم وتشيع؛ لأنه كان يخطب المرأة من لا ترضاه ولا تريده بل ترده، فإذا امتنع على الناس خطبتها والتعرض لها بذلك، فقد قصرت على الأول الذى كرهته وعلى الرضا بما بذله مما ليس بمهر لها، وهذا مما يعظم فساده.

١٠٨١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: فِي قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿**لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلا أَنْ تَقُولُوا قَوْلا مَعْرُوفًا**﴾ [البقرة: ٢٣٥] أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلْمَرْأَةِ، وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا مِنْ وَفَاةِ زَوْجِهَا: إِنَّكِ عَلَيَّ لَكَرِيمَةٌ، وَإِنِّي فِيكِ لَرَاغِبٌ، وَإِنَّ اللَّهَ لَسَائِقٌ إِلَيْكِ خَيْرًا وَرِزْقًا وَنَحْوَ هَذَا مِنَ الْقَوْلِ.

الشرح: ما ذكر من قول الرجل للمرأة: «**إنى فيك لراغب**» وإنى عليك لحريص تعريض بالنكاح، وهو الذى أباحه البارى تعالى بقوله: ﴿**ولا جناح عليكم فيما عرضتم**

١٠٨١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦٤.

به خطبة النساء﴾. وقد قال ﷺ لفاطمة بنت قيس: «فإذا حللت فآذنينى»[١] وفى غير الموطأ: «فلا تفوتينا بنفسك»[٢].

قال القاضى أبو إسحاق فى أحكامه: وإنما يعرض المعرض بالخطبة ليفهم مراده كالتجاوب ينسب التعريض إلى الرجل خاصة، ولو أن المعرض بالنكاح اقتضى الجواب، وبين أنه يريد المواعدة، ثم أجابه الذى زوجه بتعريض يفهم منه الإجابة لكره ذلك، ويدخل فى باب المواعدة.

مسألة: ولا بأس أن يهدى إليها الهدية، فيما رواه ابن حبيب عن مالك، قال: ولا أحب أن يفتى به إلا من تحجزه التقوى عما وراءه.

ووجه ذلك أنه ليس فى الهدية تصريح بالنكاح ولا مواعدة، وإنما فيه إظهار المودة كقوله: إنى فيك لراغب، وإن عليك لحريص. قال ابن حبيب: ولا يجوز أن يواعد وليها بغير علمها، وإن كانت تملك أمرها. قال: وقد سأل عنه عطاء فنهى عنه.

ووجه ذلك أن بيده عقدة النكاح، وهو القائم به من جهة المرأة، فلا يجوز أن يواعد بالنكاح كما لا يجوز أن تواعد به المرأة. قال يحيى بن مزين: والعدتان فى ذلك سواء عدة الوفاة وعدة الطلاق. قال: وسألت عيسى عن الاطلاع للنظر، فقال: قد جاء فيه رخصة، وكان مالك لا يراه خوفًا من أن يطلع على عورة، ولا بأس أن يستأذن عليها فيدخل، والله أعلم. وروى محمد بن يحيى عن مالك فى المدنية: لا بأس أن ينظر إليها وعليها ثيابها.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: لا يعجبنى ذلك، ويحتمل أن يريد فى رواية محمد بن يحيى أن ينظر إليها مغتفلاً لها إذا علم أن عليها ثيابها، وأن ذلك الذى منع فى رواية ابن القاسم، ويحتمل أن يكون أراد فى رواية محمد بن يحيى أن ينظر إليها بعد إعلامها، وأن ذلك غير ما منعه ابن القاسم، والله أعلم.

* * *

---

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٨٠. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٤٤، ٣٢٤٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٨٤. ابن ماجه حديث رقم ١٨٦٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٧٧٩، ٢٦٧٨٢.

(٢) أخرجه بهذا اللفظ الدارمى حديث رقم ٢١٧٧. ومسلم تعليقًا بعد ذكر الحديث رقم ١٤٨٠.

استئذان البكر والأيم فى أنفسهما

١٠٨٢ – مالك عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْفَضْلِ، عَنْ نَافِعِ بْنِ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الأَيِّمُ(١) أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»(٢).

١٠٨٢ – أخرجه مسلم فى النكاح ٢٥٤٥، ٢٥٤٦. والترمذى فى النكاح ١٠٢٦، الطلاق واللعان ١١٠٨. والنسائى فى النكاح ٣٢٠٦، ٣٢٠٧، ٣٢٠٨، ٣٢٠٩، ٣٢١٠، ٣٢٦٠، ٣٢٦١، ٣٢٦٢، ٣٢٦٣، ٣٢٦٤. وأبو داود فى النكاح ١٧٩٥، ١٧٩٦، الصوم ٢٠٩٨، ٢١٠٠. وابن ماجه فى النكاح ١٨٦٠، ١٨٧٠. وأحمد فى مسند بنى هاشم ١٧٩٠، ٢٠٥٥، ٢٢٤٧، ٢٣٥١، ٢٩٢٤، ٣٠٥٣، ٣١٧٢، ٣٢٤٦. والبيهقى فى الكبرى ١١٥/٧، عن ابن عباس. والدارمى ١٣٨/٢، عن ابن عباس. والبغوى فى شرح السنة ٣٠/٩، عن ابن عباس. والدارقطنى ٢٤٢/٣، عن ابن عباس.

(١) قال النووى: قال العلماء المراد هنا الثيب لأنه جاء مفسرًا فى رواية، وقيل: المراد من لا زوج لها بكرًا أو ثيبًا.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٤٤/٧: هذا حديث رفيع، أصل من أصول الأحكام، رواه عن مالك جماعة من الجلة، منهم: شعبة وسفيان الثورى، وابن عيينة، ويحيى بن سعيد القطان. وقيل إنه قد رواه أبو حنيفة، عن مالك، وفى ذلك نظر ولا يصح.

فأما حديث الثورى، عن مالك فى ذلك، فحدثنا خلف بن قاسم، قال: أخبرنا أبو بكر عبدالله ابن محمد بن عبدالله بن عبدالله القاضى بمصر، حدثنا عبدالله بن الحسين ابن أحمد بن أبى شعيب الحرانى؛ وحدثنا خلف، قال: حدثنا أبو الطاهر محمد بن أحمد ابن عبدالله القاضى، حدثنا يوسف بن يعقوب القاضى، قالا جميعًا: حدثنا محمد بن كثير، قال: حدثنا سفيان الثورى، عن مالك بن أنس، عن عبدالله بن الفضل، عن نافع ابن جبير بن مطعم، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها».

وأما حديث شعبة، فحدثنا خلف بن سعيد، قال: حدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا على بن عبدالعزيز، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا مالك، عن عبدالله بن الفضل، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها».

حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا أحمد بن سليمان الرملى، حدثنا أبو مسلم إبراهيم بن عبدالله البصرى، حدثنا مسلم بن إبراهيم، حدثنا شعبة بن الحجاج، حدثنا مالك بن أنس، عن عبدالله ابن الفضل، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها» – هكذا يقول شعبة: والثيب أحق بنفسها.

وحدثنا خلف بن القاسم، حدثنا أحمد بن محمد بن الحسين بن عبدالله، حدثنا الربيع ابن=

الشرح: قوله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها» الأيم هى التى لا زوج لها. وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد عن عبد الله بن الفضل قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها»[٣] وهو قريب من الأول، إلا أن لفظ الأيم لا يستعمل إلا فى التى لا زوج لها قط، فلا ينطلق عليها اللفظ.

وقال القاضى أبو إسحاق: إن الأيم هى التى لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا، بالغًا كانت أو غير بالغ، فيخص من ذلك البكر ذات الأب ويحمله على الثيب، وعلى البكر اليتيمة. وما تقدم أظهر من جهة عرف الاستعمال، ومع ذلك فيحمل اللفظ على عمومه دون تخصيص، ورواية زياد بن سعد تؤيد ذلك، والله أعلم.

ومعنى كونها أحق بنفسها من وليها أنه ليس له إجبارها على النكاح، ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنما له أن يزوجها بإذنها ممن ترضاه، وليس لها هى أن تعقد على نفسها

=سليمان، أخبرنا الشافعى، أخبرنا مالك، عن عبدالله بن الفضل، عن نافع بن جبير ابن مطعم، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر رضاها صماتها».
حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا بكر بن حماد، قال: حدثنا مسدد قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن مالك.
وأخبرنا عبدالوارث، قال: حدثنا قاسم، حدثنا أبو يحيى بن أبى مسرة قال: حدثنا مطرف بن عبدالله، قال: حدثنا مالك، عن عبدالله بن الفضل، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر فى نفسها وإذنها صماتها» - كذا قال: تستأمر - لفظ مطرف، وعامة رواة الموطأ يقولون: تستأذن.
حدثنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان، قالا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل، قال: حدثنا الحميدى، وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قالوا جميعًا: حدثنا سفيان، قال: حدثنا زياد بن سعد، عن عبدالله بن الفضل، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر فى نفسها، فصمتها إقرارها». هذا لفظ حديث الحميدى، وقال أحمد بن حنبل: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد بإسناده، فقال: الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها، وصمتها إقرارها.
قال أبو عمر: وهكذا قال ابن عيينة، عن زياد فى هذا الحديث: الثيب أحق بنفسها. ولو صحت هذه اللفظة، كان الولى المراد بهذا الحديث الأب دون غيره على ما ذهبت إليه طائفة من أهل العلم فى ذلك.

(٣) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٢١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٦٤. أبو داود حديث رقم ٢٠٩٨. أحمد فى المسند حديث رقم ١٩٠٠.

نكاحًا ولا تباشره، ولا أن تضع نفسها عند غير كفء ولا أن تولى ذلك غير وليها، فلكل واحد منهما حق فى عقد النكاح.

ووجه كونها أحق به أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه، وإن كرهه الولى ورغبته الأيم عرض على الولى العقد، فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان، فهذا وجه كونها أحق به من وليها.

فصل: وقوله ﷺ: **«والبكر تستأذن فى نفسها»**. قال ابن القاسم وابن وهب وعلى بن زياد عن مالك فى المدونة: يزيد البكر التى لا أب لها لأنها هى التى تستأذن. وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد، فقال فيه: «والبكر يستأذنها أبوها»(٤) . وصواب هذا الحديث ما رواه مالك وقد تابعه عليه سفيان الثورى، وكل واحد منهما إمام إذا انفرد قوله غلب قوله على قول زياد بن سعد، فكيف إذا اتفقا على خلافه.

وقد رواه بن كيسان عبد الله بن الفضل فقال فيه: «واليتيمة تستأمر»(٥) وهو أثبت من زياد بن سعد. وقوله أيضًا أولى من جهة النظر. ولعل عبد الله بن الفضل لعلمه بالمراد به كان مرة يقول: «والبكر تستأذن» ومرة يقول: «واليتيمة تستأمر». وقد روى هذا الحديث شعبة عن مالك، فقال فيه: «واليتيمة تستأمر».

ووجه آخر، وهو أنه قد روى عن زياد بن سعد: والبكر تستأذن، بمثل رواية مالك.

ووجه ثالث، وهو أنا لو سلمنا صحة رواية زياد لحملنا على البكر المعنس ويجوز أن يحمل على الاستئذان المندوب إليه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالذى تستأذن هى البكر البالغ، قاله سحنون فى المدونة، لأن غير البالغ لا إذن لها، فالإنكار على ثلاثة أضرب، بكر بالغ تنكح وتستأذن، وهى التى ذكر أنه يزوجها وصيها أو وليها، وبكر لا تنكح ولا تستأذن، وهى اليتيمة، التى لم تبلغ المحيض، فإن اليتيمة لا تزوج إلا بإذنها، والتى لم تبلغ لا يصح إذنها، فلا يصح إنكاحها، وهذا فى ذات القدر.

قال ابن حبيب: ليس لوصى ولا لولى إنكاح صغيرة حتى تبلغ، فإن فعل، فسخ ذلك أبدًا، وإن طال، وكان الولد ورضيت بذلك، قاله مالك وأصحابه. وقال ابن

---

(٤) انظر التخريج السابق.

(٥) أخرجه الترمذى حديث رقم ١١٠٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٦١، ٣٢٦٢، ٣٢٦٣. أبو داود حديث رقم ٢١٠٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٦١، ٣٠٧٧.

القاسم فى الموازية: يفسخ إلا أن يتقادم بعد البناء فيمضى. وقال أصبغ: حتى يتقادم وتلد الأولاد، ولم ير التمادى عشرة أشهر طولا مع الولد.

مسألة: وأما المحتاجة، ففى العتبية عن مالك: لا تزوج حتى تبلغ المحيض. وروى عنه فى بنت عشر سنين: تطوف وتسأل الناس زوجت فى غنى برضاها وولت أمرها رجلاً فأجازه مالك، ولم يجزه فى الصغيرة. قال سحنون فى العتبية: وهى رواية ضعيفة.

فصل: وبكر تنكح ولا تستأذن، وهى البكر ذات الأب، فإن الأب يجبرها على النكاح دون إذنها وإن استأذنها فحسن. قال ابن حبيب: يستحب للأب مؤامرة البكر. ويذكر لها الزوج ويختبر من الأم ومن غيرها رضاها أو كراهيتها. وروى أشهب عن مالك إن شاورها فحسن، وله أن لا يفعل.

مسألة: وحد البلوغ المعتبر فى ذلك عند مالك، المحيض. قال ابن حبيب: أو بلوغ ثمان عشرة سنة، فتكون كالبالغ. واختلف فى الإنبات، فقال ابن القاسم فى المحتاجة: إن أنبتت أو شارفت زوجها الوصى أو الوالى برضاها، وقاله أصبغ مرة، وقال مرة بل حتى تبلغ، ويفسخ قبل ذلك. قال ابن حبيب: يفسخ قبل النباء وبعده، وإن أنبتت. قال محمد: لا يفسخ إذا أنبتت.

فصل: وقوله ﷺ: **«وإذنها صماتها»** خص ﷺ البكر بهذا الحكم لما يغلب عليها من الحياء، ولما جبل عليه أكثرهن من الامتناع عن النطق ذلك، فعلى هذا لا تسأل اليتيمة قطعًا بالرضا. رواه محمد وغيره عن مالك. وحكى الإسفرائنى أن ذلك على وجهين عندهم، أحدهما: أن ذلك فى ذات الأب والجد، وأما اليتيمة، فإنها لابد لها من النطق بالرضا.

والدليل على ما نقوله ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»(٦)

فوجه الدليل من الحديث أنه قال: «ولا تنكح البكر حتى تستأذن» والتى لا تنكح حتى تستأذن من الأبكار هى اليتيمة.

---

(٦) أخرجه البخارى حديث رقم ٥١٣٦، ٦٩٧٠. مسلم حديث رقم ١٤١٩. الترمذى حديث رقم ١١٠٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٦٥، ٣٢٦٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٩٣٢٢. الدارمى حديث رقم ٢١٨٦.

مسألة: وصمات البكر يقتضى رضاها كما لو أقرت به فى رواية ابن القاسم عن مالك. وفى المدونة: وقال غيره من رواية مالك: وذلك إذا كانت تعلم أن السكوت رضًا.

وظاهر هذا يقتضى أنه شرط فى ذلك غير أن أكثر أصحابنا تأولوا ذلك على وجه الاستحباب. وقد استحب مالك من رواية ابن الماجشون أن تعلم البكر أن إذنها صماتها لئلا تجهل ذلك، فتصمت فى الكراهية. قال الشيخ أبو إسحاق: يقال لها ذلك ثلاث مرات إن رضيت، فاصمتى، وإن كرهت فانطقى. وقال القاضى أبو محمد فى معونته: وليس ذلك بشرط فى صحة الإذن.

قال عبد الملك فى كتاب ابن القرطبى: ويطيلوا القيام عندها قليلاً ومعنى ذلك أن لا تبهت وتخجل فى دخولهم عليها، فيمنعها من المسارعة إلى الإنكار، فيطال المقام عندها قليلاً لتستدرك ما تريده.

وأما البكر التى لا أب لها يزوجها وليها بغير إذنها فيبلغها، فتسكت. قال ابن القاسم فى المدونة: لا يكون سكوتها رضا.

ووجه ذلك عندى أن رضاها فى هذه الحال بمنزلة الإذن لوليها فى إنكاحها، وذلك لا يكون إلا بالنطق.

مسألة: قال الشيخ أبو إسحاق: إن قالت: لا، لم يعقد عليها، وإن قالت: قد رضيت، جاز ذلك، قاله القاضى أبو محمد. وروى محمد عن مالك أن إنكارها بالقول دون الصمت. وقال الشيخ أبو القاسم: إنها إن نفرت أو بكت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على كراهية النكاح، فلا تنكح مع ذلك.

١٠٨٣ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: لا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِى الرَّأْىِ مِنْ أَهْلِهَا أَوِ السُّلْطَانِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها**» الحديث يحتمل معنيين، أحدهما: أن لا تنكح نفسها. والثانى: أن لا ينكحها من الناس من ليس بولى لها، وكلا الوجهين عندنا ممنوع. قال ابن حبيب فى واضحته: ولا يجوز نكاح امرأة بكرًا كانت أو شابة كانت أو عجوزًا، غنية كانت أو فقيرة، شريفة كانت أو وضيعة، إلا بولى يعقد نكاحها، فإن لم يكن لها ولى، فالسلطان ولى من لا ولى له.

١٠٨٣ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٧/١١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦٦. المحلى ٩/٤٥٤.

فأما قولنا إنها لا تنكح نفسها، فهو قولنا وقول الشافعي. وقال أبو حنيفة: تعقد المرأة نكاحها، وتكون وليًا لغيرها إذا كانت عاقلة رشيدة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهنّ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف**﴾ [البقرة: ٢٣٢] فلنا من الآية دليلان الظاهر والسبب.

فأما الظاهر، فإنه تعالى نهى الأولياء عن منع النساء النكاح عند بلوغ الأجل، فلولا أن الولاية للرجل فى العقد لما صح العضل، والمنع من النكاح كما لا يصح منعهن من التصرف فى أموالهن.

وأما السبب، فهو ما رواه البخارى، حدثنا أحمد بن أبى عمر، حدثنى أبى، حدثنى إبراهيم، عن يونس، عن الحسن: ﴿**فلا تعضلوهن**﴾ قال: حدثنى معقل بن يسار، نزلت فيه قال: زوجت أختى لرجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وقدمتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدًا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى الآية: ﴿**فلا تعضلوهن**﴾، قلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: «فزوجها إياه»[*] والرجل المذكوز هو [..........][٢] فثبت بهذا الحديث أن العضل هو أن يمنع من إنكاحها، فيكون ذلك منعًا لها من النكاح، وإلا تحتج المرأة، وهى تريد زوجها إلى إنكاح معقل لها كما لو يكن يحتاج إليه، فيما تريد من بيع أو شراء.

ودليلنا من جهة السنة ما رواه سليمان بن موسى، عن الزهرى، عن عروة، عن عائشة، قالت: قال النبى ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل، ثلاث مرات، فإن دخل بها، فالمهر لها بما أصاب منها، وإن تشاجرا فالسلطان ولى من لا ولى له»[٣].

ودليلنا من جهة القياس أن المرأة ناقصة من جهة الأنوثة، فوجب أن لا ينفذ منها عقد النكاح. أصله الصغيرة والأمة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٥٢٩، ٥١٣٠. أبو داود حديث رقم ٢٠٨٧. الترمذى حديث رقم ٢٩٨١.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل. والرجل المذكور هو معقل بن يسار.

(٣) أخرجه الترمذى حديث رقم ١١٠٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٨٣. ابن ماجه حديث رقم ١٨٧٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٤٧٩٨.

مسألة: إذا ثبت أنه لا نكاح إلا بولى، فالولاية على ضربين، خاصة وعامة. فالخاصة على قسمين، ولاية نسب وولاية حكم.

فأما ولاية النسب، فهى لكل عاصب للمرأة كالابن والأب والأخ وابن الأخ والجد والعم وابن العم قرب أو بعد إذا كان له تعصيب وكل من له عليها ولاء من الرجال. قال القاضى أبو محمد: والمولى من العصبة. وقال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه: والمولى من أسفل يعقد، وإن لم يكن له تعصيب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالولاية الخاصة بالنسب على نوعين قرابة قريبة وقرابة ليست بقريبة، فالقرابة القريبة كالابن وبنيه والأب وآبائه والأخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم دنية وأولاهم بذلك فى المشهور من قول مالك الابن ثم الأب ووجدت فى بعض الكتب عن المدنيين عن مالك أن الأب أولى من الابن، وهذا أحد أقوال أبى حنيفة.

وجه القول الأول أن الابن أقوى تعصيبًا بدليل أنه أحق من الأب بالولاء الذى يستفاد بالتعصيب، وبدليل أنه إذا اجتمع تعصيبهما، بطل تعصيب الأب.

ووجه القول الثانى أن الابن لا ينتسب إليه ولا ينتسبان إلى شخص والأب ينتسب إليه بدليل أن الجد أحق بالميراث من الإخوة.

فرع: فإذا قلنا بالمشهور من المذهب، فالابن وابن الابن وإن سفل أحق من الأب ثم الإخوة للأب والأم ثم الإخوة للأب، هذا المشهور من المذهب. وروى عن المغيرة أنه قال: الجد أولى من الإخوة، وهو على نحو ما تقدم ثم بعد الإخوة، على قول مالك، الجد ثم العم ثم ابن العم، فإن لم يكن عصبة، فالمولى من فوق، رواه ابن حبيب عن مالك.

مسألة: فإن تساووا فى التعدد، فقد قال ابن حبيب عن مالك: ذلك إلى أفضلهم، وإن تساووا فى الفضل، فإلى أسنهم، فإن تساووا فى ذلك، فإلى جميعهم يجتمعون فيعقدون عليها. وروى ابن القاسم عن مالك أنهم إذا اختلفوا وهم فى العقد، سواء رفع ذلك إلى السلطان فينظر فيه.

قال بعض القرويين: يريد أن الوليين إذا استويا، فمن رضيت هى أن يعقد عليها، كان ذلك له دون السلطان، وهذا الذى قاله فيه نظر؛ لأنه إنما قال: إن اختلفوا، وهم فى العقد سواء، نظر السلطان، ولم يقل خيرت المرأة، وإنما يكون ذلك إذا أنفذ العقد باختيار المرأة، فليس لغيره من الأولياء الاعتراض، ولو كان أقرب من العاقد.

وأما إن منع من ذلك قبل العقد، فإن السلطان ينظر فيه. وقد روى ابن حبيب عن مالك: إن سبق أحدهم، فقد مضى، استووا فى الفضل أو اختلفوا. وقال: مع ذلك: ولا يجوز للمرأة أن تستخلف على نفسها ولى ولا غيره؛ لأن الولى قد جعله رسول الله ﷺ حقًا له حين قال: «لا نكاح إلا بولى»(٤) وإنما إلى المرأة الرضا بالزوج والمهر. وهذا القول مخالف لظاهر ما فى المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك.

وقول ابن حبيب مبنى على أنه حق للولى على ما رواه ابن المواز فى كتابه، فليس للمرأة منعه منه. وما فى المدونة مبنى على أنه حق للمرأة، فلها أن تخص به من شاءت من أوليائها النظر لها، ولا يخلو مع ذلك أن يكون فيه حق لجماعة الأولياء.

فرع: فإن عقد الأبعد مع وجود القرب، ففى المدونة: أنه ينفذ. وروى أبو زيد فى ثمانيته عن ابن الماجشون أنه إن زوجها الأب دون الابن أو زوجها الأخ دون الأب أنه يفسخ ما لم يدخل بها، فإن دخل بها لم يفسخ، وهذا مبنى على ما تقدم.

مسألة: وأما النوع الثانى من القرابة، وهى التى ليست بقريبة، فقد قال مالك فى المدونة: ذو الرأى من أهلها هو الرجل من العشيرة أو ابن العم أو المولى. وروى ابن نافع عن مالك أنه الأولى من عصبتها. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أن العشيرة قد تعظم، فإنما هو الرجل من البطن التى هى منه أو من بطن من أعتقها؛ لأن البطن ألصق من العشيرة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن حبيب فى واضحته عن مالك: أن الأولياء إذا تباعدوا جدًا مثل ابن عم غير دنية والمولى، فذلك فيهم أسهل لا بأس أن يلى ذلك منهم ذو الحال والسن، وإن كان غيره أقرب منه.

ووجه ذلك أن القرابات إذا تباعدت حتى يضعف التعصيب وسبب الغيرة ولحوق العار وجب أن يراعى فيه الصلاح والدين، والحال المانعة من الرضا بالدنيات، وترك المبالغة فى النصح.

فرع: وإن عقد الأبعد مع وجود الأقرب، ففى المدونة أن ذلك جائز نافذ، وأكثر الرواة يقولون لا يزوجها ولى وثم أولى منه حاضر، فإن فعل نظر السلطان فى ذلك.

---

(٤) أخرجه الترمذى حديث رقم ١١٠١. أبو داود حديث رقم ٢٠٨٥. ابن ماجه حديث رقم ١٨٨٠، ١٨٨١. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٦٠. ١٩٠٢٤، ١٩٢١١. الدارمى حديث رقم ٢١٨٢.

وقال آخرون: للأب أن يرد أو يجيز إلا أن يطيل مكثها، وتلد منها أولادًا. قال ابن حبيب عن مالك: وذلك ما لم يكن الولى الأقرب حاضرًا يصلح أن غيره عقد على وليته، فإن ذلك يحمل منه على الرضا.

فصل: وقوله: «**أو السلطان**» يريد والله أعلم من له حكم من إمام أو قاض، فإنه يزوجها مع عدم الولى، وأما مع الولى، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: ليس للسلطان أن يزوج امرأة رفعت أمرها إليه، وسألته أن يزوجها حتى يسأل ألها ولى أم لا، فإن ثبت عنده بأهل العدل من أهل المعرفة بها من جيرانها أو غيرهم أنه لا ولى لها يزوجها، وإن كان لها ولى لم يزوجها حتى يدعو وليها، فإن أبى من إنكاحها سأله عن وجه امتناعه، فإن استصوب ما قال، ردها إلى رأيه، وإن رأى غير ذلك أمره بإنكاحها، فإن أبى زوجها.

فرع: ولو بدر السلطان أو ذو الرأى من أهلها، فأنكحها أحدهما مع حضرة الولى الأقعد، ففى المدونة عن المرأة يزوجها القاضى من نفسه ولها ولى: أنه ليس للولى فى ذلك رأى، ولم ير له فسخ. وقال: إن الحديث الذى جاء عن عمر بن الخطاب أنه قال: لا ينكح المرأة إلا وليها أو ذو الرأى من أهلها أو السلطان، فهذا سلطان. وليس معنى ذلك أنه إنما يزوجها السلطان إذا لم يكن لها ولى، وإنما جعل عمر النكاح بينهم فى هذا الحديث.

وقال: إن الرجل من العشيرة أو الولى يزوج المرأة العربية، فإنه يجوز إنكاحه وإن كان ثم من هو أقعد منه. وقد حكى ابن حبيب عن ابن القاسم أنه تأول فى قول عمر: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذى الرأى من أهلها أو السلطان إنما ذلك على المساواة. قال عبد الملك: ولو كان ذلك كذلك، لكان قول مالك وأصحابه مردودًا حين قدموا الأقعد على الأبعد، وإنما معنى ذلك إذا لم يكن لها ولى من ولاة القرابة والرحم فذو الرأى من أهلها أو السلطان عند ذلك بمثابة الولى.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون، فإن السلطان يقدم على ذى الرأى من أقلها، فإن عقد النكاح ذو الرأى مضى ولم يرد، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

مسألة: وأما الولاية العامة، ولاية الإسلام. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض**﴾ [التوبة: ٧١] فإن عقد النكاح أجنبى مؤمن، فلا تخلو المرأة أن يكون لها ولى من قرابتها وعصبتها أو لا يكون لها ولى حاضر غير الحاكم، وإن كان لها ولى حاضر، فلا يخلو أن يملك الإجبار كالأب والسيد أو لا يملكه، فإن

كان ممن يملكه فسخ النكاح على حال، وليس للأب ولا للسيد إجازته. وقد حكى القاضى أبو محمد أن فى السيد روايتين.

فرع: فإن كان وليها لا يملك الإجبار كالأب فى الثيب وسائر العصبة فى البكر والثيب، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن أجازه الولى قبل البناء أو بعده جاز، وإن رده قبل البناء أو بعده رد ما لم يطل ويكون صوابًا، وقد توقف مالك فى الجواز عنه إذا أجاز الولى بالقرب.

وقال ابن نافع وعلى بن زياد: لا يجوز وإن أجازه الولى. وقال القاضى أبو محمد: إن زوجها الأجنبى مع القدرة على ولى بالنسب أو الحاكم، ففيها روايتان، إحداهما: أن ذلك غير جائز. والثانية: أن النكاح ماض إذا تزوجت كفؤًا.

وجه الرواية الأولى ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له».

ومن جهة المعنى أن إباحة ذلك مسقط لولاية الأولياء، فوجب أن يمنع كما لو عقدت المرأة على نفسها. ووجه الرواية الثانية قوله تبارك وتعالى: ﴿**والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض**﴾ فأثبت الولاية بالإيمان.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه ولاية ثابتة بالشرع، فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والحاكم.

فرع: فإذا قلنا لا يجوز ذلك فى ذات الحال، فهل يجوز ذلك فى الدنية؟ قال القاضى أبو محمد: فى ذلك أيضًا روايتان، والأظهر أن النكاح جائز.

وجه رواية المنع أن هذه ذات ولى بنسب أو حاكم، فلم يكن للأجنبى عقد نكاحها كذات الحال. ووجه رواية الإجازة أن الدنية يتعذر عليها رفع أمرها إلى الحاكم، فلو كلفت ذلك لأضرَّ بها، وتعذر نكاحها.

مسألة: وأما إذا لم يكن لها ولى بنسب، ففى الموازية من رواية أشهب عن مالك فى المدنية: تولى رجلا ينكحها نهى عن ذلك، وقال: إذا عمل به ضاعت الفروج. وروى ابن وهب عن مالك فى المرأة لا ولى لها، أو تكون فى البادية، يجوز لها ذلك، إذا لم تضع نفسها فى دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان.

وروى ابن القاسم فى الواضحة، فى الدنية ليس لها ولى بقرابة ولا ولاية: يجوز أن

يزوجها الأجنبى دون الإمام، وأنكر ابن الماجشون رواية ابن القاسم، وقال: إنما قال ذلك مالك فى الأعجمية تعمد للرجل فيلى منها ما يلى من مولاته، لا بأس أن يعقد نكاحها بإذنها إذا لم يكن لها ولى. وأما ذات الحال والنسب، فلا.

فرع: فإذا قلنا بالمنع، فزوجها أجنبى، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: للولى وللسلطان فسخ ذلك، وكتب مالك إلى ابن غانم إذا زوجها الأجنبى، وأولياؤها غيب، فرفع إلى السلطان لا ينظر فيه إلا أن يقدم الولى، فيطلب الفسخ، فيفسخ إلا فيما تطاول مع الولادة وأما التى لا خطب لها وليست من العرب فلا يفسخ، وإن قرب.

فأما القول الأول، فمبنى على المساواة بين الولى والسلطان فى استحقاق عقد النكاح، وأما القول الثانى، فمبنى على تقديم الولى.

فرع: فإن ظهر على ذلك قبل البناء، فلا عقوبة عليهما إذا كان النكاح مشهورًا، وإن بنى عوقبا جميعًا، ومن تولى العقد ومن علم من المشهود والفسخ بطلقة بائنة.

ووجه ذلك أنه إذا فسخ قبل البناء، فلم يوجد غير العقد بالقول. وأما إذا فسخ بعد البناء، فقد وجد منهما التسبب إلى انتهاك حرمة البضع والقصد إلى استباحته من غير إذن الولى.

فصل: إذا ثبت أن هذا حكم الولاية الخاصة والعامة فهاهنا معان تمنع من عقد النكاح بها، ويبطل معنى الولاية، ستة معان: الصغر والجنون والسفه الموجب للحجر أو المقترن بالحجر، على اختلاف أصحابنا فى ذلك، والأنوثة والرق والكفر.

فأما الصغر والجنون، فلعدم التكليف. وأما السفه، ففى الموازية عن ابن القاسم يزوج السفيه ابنته، وليس له ذلك إلا بإذن وليه. وقال ابن وهب: ولى السفيه أولى بإنكاح بناته وإمائه، ولا أمر له فيهن، وإن كان يستحب حضوره، فلا تضر غيبته. وقال أشهب: يزوجها وليها إذا كان ذا رأى، أى إذا لم يول عليه وإن كان سفيها، وهو نحو قول ابن وهب، فالخلاف بين ابن القاسم وابن وهب يتقدر فى أن السفيه أولى بالعقد عند ابن القاسم، والولى أولى به عند ابن وهب.

وجه قول ابن القاسم أن الولاية عليه إنما هى فى ماله، وأما إذا كان معه من المميز ما يأنف به من وضع وليته عند غير كفؤ، فهو أولى بالعقد إلا أن يكون من الضعف بحيث لا يظن به مثل هذا، ويكون حضوره فيه كمغيبه، فقد قال ابن القاسم: لا يعقد وإنما اعتبر ذلك ابن القاسم إذن الولى لئلا يخلو من تسديده.

ووجه قول ابن وهب أن ذلك فى السيد المحجور عليه؛ لأن الحجر عليه ينافى فى عقده، وأما إذا لم يكن محجورًا عليه، فنكاحه ماض، وإن كان فعله صوابًا يشير إلى اعتبار ذلك، فإن لم يثبت ما يوجب الفسخ والرد أمضى.

قال أصبغ: قول ابن وهب: قال محمد: إلا قوله إن لم يكن له ولى، جاز، وذلك كله إن كان له ولى أو لم يكن له ولى، ينظر فيه فيجاز، أو يرد بالاجتهاد، فأشار إلى أنه يجوز عقده وإن كان محجورًا عليه، وإنما يرد أن يبين فيه ما يوجب.

فأشار إلى أنه يجوز عقده، وإن كان محجورًا عليه. وقد قال ابن وهب: إن السفيه الذى يولى عليه إن عقده كان لوليه إجازته أو رده، ففرق ابن وهب بين المحجور عليه وبين غيره فى أن المحجور عليه يرد الولى إن شاء نكاحه، وغير المحجور عليه لا يرد إنكاحه وليه إلا لوجه بين.

وعند ابن المواز: لما كان حقًا للمرأة لم يرد إلا لوجه يقتضى ذلك ويبين وجه الاجتهاد، فمنه والله أعلم، قال ابن وهب: والأخ السفيه فى أخته بمنزلته فى ابنته. قال أشهب فى العتبية نحوه فى الأخت.

وقال أبو عبد الله بن العطار فى مولى عليه من أب أو ابن عم: ليس لواحد منهما أن يعقد نكاحها، فإن فعل فسخ ويعقد لها وصى الولى أو وصى الأب ويعقد لها القاضى أو السلطان، فإن كن أبكارًا زوجهن وصى الأب ويسمع منهن، وإن كان يأمر القاضى، فهو آثم.

مسألة: وأما الأنوثة فقد تقدم ذكرها. وأما الرق، ففى المدونة والموازية عن مالك: أن عقد السيد بنكاح ابنته الحرة أو غيره أو نكاح أمته أو غيرها من النساء، لم يجز، وإن أذن فيه الأولياء، قبل العقد أو أجازه بعد العقد، ويفسخ قبل البناء وبعده، وإن طال الزمان، وولدت الأولاد، كانت دنية أو ذات قدر، وفسخه بطلقة، وإن دخل بها، فلها المهر المسمى، وكذلك إن عقده من فيه بقية رق من مكاتب أو مدبر أو معتق بعضه وإن كانت ابنته بكرًا.

ووجه ذلك أن فيه من النقص ما يمنع قبول شهادته مع الصلاح، فلم يجز أن يعقد على البضع. أصل ذلك المرأة.

فرع: فإن قدم من يزوجها، فقد قال ابن حبيب: يفسخ وإن فاتت بالبناء. وقد قال مالك فى العبد الموصى إليه يقدم من يزوج اليتيمة. وقال مالك فى المدونة: يقدم المكاتب من يزوج ابنته.

ومعنى ذلك أن ابنته الحرة لا ولاية له عليها، فإذا استخلف من يعقد نكاحها، فهو بمنزلة أن يستخلفه أجنبى، والله أعلم.

مسألة: وأما الكفر، ففى المدونة: لا يجوز أن يعقد النصرانى نكاح المسلمة، قال فى العتبية عيسى عن ابن القاسم فى مسلم أوصى إلى نصرانى تزويج بناته لا يجوز إيصاؤه إلا أن يرى الإمام له وجهًا، فيمضى الوصية، ويوكل النصرانى من يزوجهن من المسلمين.

ووجه ذلك أن النقص فى الدين يمنع عقد النكاح على الإبضاع، فبأن يمنعه ذهاب الدين جملة أولى.

فرع: فإذا قلنا يستخلف من يزوج اليتيمة الموصى بها إليها، فإنه لا يجوز أن يستخلف من يزوج ابنته المسلمة لما قدمناه، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

فرع: وأما المسلم يزوجه أخته النصرانية، ففى المدونة: سأل عنها مالك، وقال: أمن نساء الجزية هى؟ قيل: نعم. قال: لا يجوز ذلك ما له وما لها. قال الله تعالى: ﴿**ما لكم من ولايتهم من شىء**﴾ [الأنفال: ٧٢]. قال عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب: للمسلم أن يعقد نكاح ابنته النصرانية لمسلم، وإن كان لنصرانى، فلا يليها أبوها.

وجه القول الأول اختلاف الدينين كما لو كان الأب نصرانيًا وهى مسلمة.

ووجه القول الثانى أن عقد المسلم على النصرانية غير مفسد للنكاح كالسيد المسلم يزوج أمته النصرانية من مسلم أو نصرانى.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، ففى الموازية عن مالك: لا يزوج النصرانية وليها المسلم من مسلم، إن كانت حرة ذمية، وإن كانت معتقة، فذلك له، قال: وكذلك لمولاها إنكاحها من المسلم. وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يزوج المسلم النصرانية أخته كانت أو أمته، وإذا رفعت أمرها إلى الإمام ردها إلى أهل دينها.

مسألة: وأما إنكاح السكران، ففى العتبية لابن القاسم عن مالك: لا يجوز نكاح السكران ويلزمه طلاقه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: سبيل السكران فى نكاحه وإنكاحه سبيل المعتوه، لا يلزمه منه شىء. وروى سحنون عن ابن نافع يجوز عليه كل ما فعل من بيع وغيره.

فقول مالك: لا يجوز نكاحه، يقتضى المنع من صحته لنقصه ولذلك ألزمه طلاقه.

ورواية ابن حبيب أنه بمنزلة المعتوه يقتضى أنه لا يجوز ذلك منه لعدم عقله وميزه أو بعض ذلك.

وقول ابن نافع: تجوز أفعاله، يقتضى أنه بقى معه عقله وميزه ما يصح به قصده واختياره، فيلزمه عقده، ولو تيقن أنه لم يبق معه ميزه لما لزمه شيء من ذلك، وهذا لا يكون إلا إذا بلغ حد المغمى عليه، فلا يصح منه قصد ولا عقد، والله أعلم.

مسألة: وأما الفسق، فإنه لا ينافى ولاية النكاح، وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال الشافعى: لا تصح من الفاسق ولاية فى النكاح.

والدليل على ما نقوله أن هذا ذكر حر مسلم، فجاز أن يكون وليًا فى النكاح. أصل ذلك العدل.

١٠٨٤ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ كَانَا يُنْكِحَانِ بَنَاتِهِمَا الأَبْكَارَ وَلا يَسْتَأْمِرَانِهِنَّ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي نِكَاحِ الأَبْكَارِ.

الشرح: وقوله: «**أنهما كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن**» يقتضى أن إنكاحه إياهن لازم لهن، وهذا معنى إجباره، والبكر على ثلاثة أضرب، صغيرة وبالغ ومعنس، فأما الصغيرة، فلا خلاف أن الأب يملك إجبارها ويجوز إنكاحه لها.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن**﴾ [الطلاق: ٤] فجعل على اللائى لم يحضن عدة ولا يكون إلا عن نكاح.

ومن جهة السنة ما روى عن عائشة رضى الله عنها «أن النبى ﷺ تزوجها وهى بنت ست سنين، وأدخلت عليه، وهى بنت تسع، ومكثت عنده تسعًا»[(١)].

مسألة: وأما البالغ، فلا يختلف أصحابنا فى أن الأب يملك إجبارها. وقال أبو حنيفة: لا يجبرها الأب على النكاح.

١٠٨٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦٧.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥١٣٣، ٥١٣٤، ٥١٥٨. مسلم حديث رقم ١٤٢٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣٧٨، ٣٣٧٩.

والدليل على ما نقوله أن هذه بكر لا يفتقر عقد نكاحها إلى نطقها مع القدرة عليه، فكان للأب إجبارها على النكاح كالصغيرة.

مسألة: وأما الضرب الثالث، وهى المعنس، فاختلف قول مالك فى إجبارها، فروى ابن وهب عنه أنها إذا عنست لم يزوجها إلا برضاها. وروى محمد عنه أن له أن يجبرها وإن عنست وبلغت أكثر من أربعين سنة.

وجه القول الأول أنها قد بلغت سنًا لا تبلغه غالبًا إلا من عرفت مصالحها مع السلامة، فكانت كالثيب. ووجه الرواية الثانية أنها بكر، فلزمها إجبار الأب كالتى لم تعنس.

فرع: فإذا قلنا باعتبار التعنيس، ففى الموازية من رواية ابن وهب: أن حد التعنيس الثلاثون سنة والخمسة والثلاثون. وروى عن ابن القاسم الأربعون والخمسة والأربعون.

فصل: إذا ثبت ذلك، فالبكر عند مالك التى لم تذهب عذرتها بوطء مباح أو وطء شبهة بنكاح أو ملك يمين. وأما التى ذهبت عذرتها بوطء زنى، فإن حكمها حكم البكر فى الإجبار عند مالك وجميع أصحابه. وروى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم: ليس للأب إجبارها وهى كالثيب.

وجه القول الأول أن الإجبار إنما هو مما جبل عليه الأبكار من الحياء فى ذكر الزوج والزنا يزيدها حياء، فكان حكمها فى ذلك حكم البكر، فنقول: إنها لم تذهب عذرتها بوطء مباح، فكان لها حكم البكر كالتى ذهبت عذرتها بطفرة.

ووجه القول الثانى أن هنا ذهبت عذرتها بوطء، فثبت حكم الثيوبة كالتى ذهبت عذرتها بوطء الزوج.

فصل: وقوله: «**ولا يستأمرانهن**» يريد أن ذلك لم يكن من فعلهما، فأورد مالك رحمه الله فعلهما، وأخذ به واحتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿**إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين**﴾ [القصص: ٢٧] ولم يذكر الاستئمار ويحتمل أن يترك ذلك القاسم وسالم منعًا منه، ويحتمل لما لم يرياه واجبًا.

وقد روى محمد بن يحيى عن مالك فى المدنية، وأحسن ذلك أن يستأمر الأب ابنته البكر، فإن زوجها من غير مؤامرة، جاز. قال عيسى وأنكر ابن القاسم أن يشاورها أبوها. فوجه استحسان مالك استئمار أنها ربما كرهت بعض من يرضاه أبوها، فيدخل عليها مضرة، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: وَلَيْسَ لِلْبِكْرِ جَوَازٌ فِي مَالِهَا حَتَّى تَدْخُلَ بَيْتَهَا وَيُعْرَفَ مِنْ حَالِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس للبكر جواز فى مالها، يعنى أنه لا يجوز لها فيه فعلها، ولا عقودها «**حتى تدخل بيتها**»، يريد بناء زوجها بها، «**ويعرف من حالها**»، يريد أن يعرف رشدها وتمضى مدة يعلم بها أنها قد خبرت أحوال الناس وعرفت وجوه مصالحها.

وروى ابن مزين عن عيسى أن معنى قوله: حتى يعرف من حالها، قال: هو أن يشهد الشهود العدول من أهل الاختبار لها أنها صحيحة العقل، حسنة النظر فى مالها، مصلحة له، حابسة على نفسها، ولا يكون هذا بشهيدين حتى يشهد لهؤلاء من قدم ويعرف ذلك منها ويشهر، فإذا جرب هذا منها وبنى بها زوجها، وهى حديثة السن، جاز أمرها بعد البناء بسنة وأقل. وقال ابن نافع مثله.

والبكر على ثلاثة أضرب على ما قدمناه، فأما الصغيرة، فلا خلاف نعلمه فى أنه لا يجوز لها النظر فى مالها. وأما البالغ، فإن مالكًا لا يجوز فعلها فى مالها، يتيمة كانت أو ذات أب. وقال أبو حنيفة والشافعى: يجوز فعلها فى مالها بنفس بلوغها.

والدليل على ما نقوله أن من لا يعتبر الأب رضاها فى إنكاحها، فإن له النظر له فى مالها كالصغيرة. ودليل آخر، وهو أن المعنى المعتبر فى الرشد هو المعرفة بمصالح المال ومنافعه وتثميره والحفظ له، وذلك لا يحصل إلا بمباشرة الناس ومعاملتهم والتصرف معهم، وقد علم من حال البكر الانقباض عن معاملة الناس ومباشرتهم، وذلك يقتضى جهلها بصلاح مالها ومنافعه وتثميره مع الحياء الغالب المانع من المراجعة فيه، والمنع منه، فوجب أن يكون النكاح شرطًا فى الرشد الذى يقتضى تسليم المال إلى اليتيمة كالبلوغ ونحرر منه دليلاً فنقول إنه معنى يمنع فى الغالب القيام بحفظ المال وتثميره، فوجب أن يمنع من التصرف فيه كعدم البلوغ.

فرع: وهذا حكم ذات الأب. فأما اليتيمة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك أنه لا يجيز للبكر قضاء فى مالها ببيع ولا غيره كان لها ولى أو لم يكن حتى تبلغ الأربعين سنة فصاعدًا. وقال ابن عبد الحكم فى البكر البالغ عليها ولى: لا يجوز أمرها فى مالها، فإن لم تول، جاز أمرها فى البيع والشراء. وأما العتق والصدقة والعطية، فلا. وقال أبو زيد والحارث وسحنون: يجوز صنيعها كله ما لم تول بولى.

فرع: فإذا كانت ذات أب أو يتيمة، وقلنا إنه لا يجوز فعلها فى بكارتها، فإن دخل بها زوجها فعرف رشدها، فإن قضاءها فى مالها جائز، إلا أن مالكًا قال: أحب إلىَّ أن

يؤخر قضاؤها فى مالها بسنة، رواه ابن حبيب عن مطرف عنه، وإن علم سفهها استديم الحجر عليها حتى يعلم رشدها، ولا خلاف فى ذلك نعلمه إلا ما روى عن أبى حنيفة أنه يزول الحجر عنها إذا بلغت خمسًا وعشرين سنة، وسيأتى بيان فى باب الحجر إن شاء الله تعالى.

فإن جهل أمرها توقف فيها مدة يختبر حالها بما يمكن أن يظهر فى مثله صلاح أفعالها وفسادها، وقد روى ابن حبيب عن مالك أنه إذا كان قضاؤها فى مالها بقرب بنائها ببيع أو عتق أو غيره، فالبينة برشدها على من يريد إجازة قضائها إلى انقضاء سنة من يوم البناء بها، وكذلك ما قارب السنة، وإن كان قضاؤها بذلك بعد السنة على من يريد رد قضائها.

وقال ابن الماجشون فى ذات الزوج، يكون لها القدر والمال، فتريد أن تهب منه وتتصدق: أنه إن كان مالها بيدها، فأمرها جائز إن كانت قد أقامت مع زوجها بعد البناء سنة أو نحوها أو ولدت، وإن كان مالها عند أبيها أو وصيها، فلا يجوز فعلها فى شىء منه حتى تلى نفسها.

ووجه اعتبار السنة أن هذا حكم يعتبر فيه طول المدة بعد البناء، فكان الاعتبار فيه بالسنة كمعرفة العنة. وأما اعتباره يكون المال فى يدها، فإن كون مالها بيدها دليل على ترشيدها وتجويز أمرها كما أن قبضه منها دليل على الحجر عليها والمنع لها من التصرف فيه.

١٠٨٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانُوا يَقُولُونَ فِي الْبِكْرِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا إِنَّ ذَلِكَ لازِمٌ لَهَا.

الشرح: قولهم: **«فى البكر يزوجها أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها»** يريدون بذلك أنه يملك إجبارها على النكاح ممن شاء وعلى أى وجه شاء ما لم يكن فى ذلك ضرر، فلا يلزمها ذلك، فله أن يزوجها من الضرير والقبيح وممن هو أدنى حالا منها وأقل مالا، وإن زوجها من مجبوب أو خصى أو عنين، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ: يلزمها ذلك إذا كان على وجه النظر، علمت بذلك أو لم تعلم.

قال الإمام أبو الوليد، رضى الله عنه: وقد رأيت لسحنون أنه لا يلزمها فى الخصى، وهو الأظهر عندى فى العنين والخصى والمجبوب.

١٠٨٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦٨.

ووجه ذلك أن كل ما للمرأة أن تفسخ به نكاح الزوج من العيوب التى هى العنة وما فى معناها، فليس للأب إلزامها ذلك كما لو ظهرت بعد عقد النكاح.

مسألة: ولا يلزمها أن يزوجها الأب من مجنون يخاف عليها منه ولا من منسلخ ولا مجذوم مقطع قد منع الكلام، وتغيرت رائحته، قاله ابن حبيب. وقال سحنون: إن كان به ضرر فى بدنه لم يلزمها.

ووجه ذلك ما فيه من الإضرار بها، وليس له ذلك وأنه يلزمه أن يحسن النظر لها، ولو زوجها من سكير فاسق لا يؤمن عليها لم يجز، وللإمام رده، قاله أصبغ.

مسألة: ولا يملك إجبارها جد ولا غيره من الأولياء إلا الأب وحده، قاله مالك. قال القاضى أبو محمد، خلافًا للشافعى: إن الجد يجبر كالأب.

ودليلنا أنه عصبة يحجبه الأب، فلم يملك الإجبار بالنسب كالأخ.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حكم الثيب الصغيرة حكم البكر فى إجبار الأب خلافًا للشافعى.

والدليل على ما نقوله أن الصغر معنى يمنعها التصرف فى بعضها كالبكارة.

فرع: ومتى ينقطع عنها حكم الإجبار؟ قال أشهب فى الموازية: ينقطع عنها بالمحيض، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية. وقال سحنون: يجبرها الأب وإن حاضت وينفق عليها.

وجه القول الأول أن الثيوبة مع البلوغ تقطع الإجبار، وقد وجد فى مسألتنا. ووجه القول الثانى ملك الأب إجبارها، فلم ينقطع ذلك بالبلوغ كالبكر.

* * *

باب ما جاء فى الصداق والحباء

١٠٨٦ – مَالِك، عَنْ أَبِى حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيِّ أَنَّ

١٠٨٦ – أخرجه البخارى فى الوكالة ٢١٤٤. والترمذى فى النكاح ١٠٣٢. والنسائى فى النكاح ٣١٤٧، ٣٢٢٦، ٣٣٠٤. وأبو داود فى النكاح ١٨٠٦. وابن ماجه فى النكاح ١٨٧٩. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢١٧٣٣، ٢١٧٨٣. والدارمى فى النكاح ٢١٠٤. والبيهقى فى الكبرى ٢٣٦/٧ عن سهل بن سعد. والطبرانى فى الكبير ٢١٣/٦ عن سهل بن سعد.

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّى قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِى لَكَ، فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلا، فَقَامَ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، زَوِّجْنِيهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَىْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ؟» فَقَالَ: مَا عِنْدِى إلا إِزَارِى هَذَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا» فَقَالَ: مَا أَجِدُ شَيْئًا، قَالَ: «الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ» فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَىْءٌ» فَقَالَ: نَعَمْ مَعِى سُورَةُ كَذَا وَسُورَةُ كَذَا لِسُوَرٍ سَمَّاهَا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»(١).

---

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/١٧١: روى هذا الحديث عن أبى حازم، عن سهل - جماعة، وأحسنهم كلهم له سياقة مالك - رحمه الله - وهذا الحديث يدخل فى التفسير المسند فى قوله - عز وجل -: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى﴾ - الآية. والموهوبة خص بها رسول الله ﷺ وحده دون سائر أمته ﷺ، قال الله - عز وجل -: ﴿خالصة لك من دون المؤمنين قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم﴾ - يعنى من الصداق، فلابد لكل مسلم من صداق قل أو كثر على حسبما للعلماء فى ذلك من التحديد فى قليله دون كثيره - على ما نورده فى هذا الباب إن شاء الله -. وخص النبى ﷺ بأن الموهوبة له جائزة دون صداق.

وفى القياس أن كل ما يجوز البدل منه والعوض جازت هبته، إلا أن الله - عز وجل - حرم الأبضاع من النساء إلا بالمهور - وهى الصدقات المعلومات، قال الله - عز وجل -: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾.

قال أبو عبيدة: يعنى عن طيب نفس بالفريضة التى فرضها الله من ذلك دون خير حكومة، قال: وما أخذ بالحكام فلا يقال له نحلة؛ وقد قيل إن المخاطب بهذه الآية الآباء؛ لأنهم كانوا يستأثرون بمهور بناتهم التى فرضها الله لهن؛ وقال الله - عز وجل -: ﴿والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن﴾ - يعنى مهورهن. وقال فى الإماء: ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن﴾ - يعنى مهورهن.

وأجمع علماء المسلمين أنه لا يجوز لأحد أن يطأ فرجًا وهب له وطؤه دون رقبته بغير صداق، وأن الموهوبة لا تحل لأحد غير النبى ﷺ. واختلفوا فى عقد النكاح بلفظ الهبة - مثل أن يقول الرجل للرجل: قد وهبت لك ابنتى أو وليتى - وسمى صداقًا أو لم يسم، فقال الشافعى: لا يصح النكاح بلفظ الهبة، ولا ينعقد حتى يقول: قد أنكحتك أو زوجتك. وممن أبطل النكاح بلفظ الهبة: ربيعة والشافعى، ومالك على اختلاف عنه وأبو ثور، وأبو عبيد، وداود، وغيرهم. وذهبت طائفة من أصحاب مالك أن النكاح ينعقد بلفظ الهبة؛ لأنه لفظ يصح للتمليك، والاعتبار فيه بالمعنى لا باللفظ.

الشرح: قول المرأة: «**يا رسول الله، إنى وهبت نفسى لك**» يريد على وجه النكاح، وفيه بابان، أحدهما: أنه لا يجوز هبة البضع من غير عوض لغير النبى ﷺ. والثانى: فى النكاح.

* * *

الباب الأول فى أن هبة البضع من غير عوض لا يجوز

لا خلاف أنه لا يجوز نكاح بدون مهر لغير النبى ﷺ. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين**﴾ [الأحزاب: ٥٠] فأخبر تعالى أن ذلك خالص للنبى ﷺ دون سائر المؤمنين، فلا يحل ذلك لغيره.

ومن جهة السنة أن المرأة قالت له: «**يا رسول الله، إنى قد وهبت نفسى لك**» فلم ينكر ذلك عليها، فلو كان منكرًا لأنكره عليها ولم يقرها عليه؛ لأن النبى ﷺ لا يقر على الباطل، ثم إنه سأل القائم نكاحها، لم يجعل له إلى ذلك سبيلا دون صداق مع حاجة القائم وفقره وعدم ما يصدقها إياه حتى أنكحه إياها بما معه من القرآن، ولو جاز أن يجوز نكاح غير النبى ﷺ من عوض لما منعه النبى ﷺ ذلك مع شدة الفقر والحاجة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهو على ضربين، قال ابن حبيب: إن عنى به هبة النكاح، ولم يعن به هبة الصداق، فهذا يفسخ قبل البناء وبعده، ولها صداق المثل، قال: وإن عنى به نكاحها بغير صداق. فلا يجوز وما أصدقها ولو ربع دينار فأكثر، فجائز، ولها لازم تجبر على ذلك قبل البناء وبعده، وهذا الذى قاله فيه عندى نظر، وإنما يجب إذا وهبت نفسها للرجل، ولم ترد به النكاح، وإنما أرادت به بذل البضع أن لا يكون هناك نكاح يثبت قبل البناء وبعده، وإنما هو سفاح يثبت فيه الحد، ولا يلحق فيه النسب.

وأما ما أراد به عقد النكاح من غير صداق، ففى المدونة عن ابن القاسم، قولان، أحدهما: أنه يفسخ قبل الدخول. والثانى: أنه يفسخ قبل الدخول وبعده. وقال القاضى أبو الحسن: وهو الصحيح عندى. وقال الشيخ أبو إسحاق: فيه ثلاث روايات، الروايتان اللتان تقدمتا، والثالثة: أنها بمنزلة نكاح التفويض، وهذا يقتضى إمضاءه قبل البناء وبعده.

فرع: فإذا قلنا يفسخ بعد البناء، فقد قال أشهب: لها ثلاثة دراهم. وقال أصبغ: لها

مهر المثل، وإذا قلنا يثبت بعد البناء، فقد قال مالك: لها مهر المثل.

* * *

الباب الثانى فى حكم النكاح بلفظ الهبة مع ذكر العوض

وذلك أن يقول: وهبتك وليتى على أن تصدقها مائة دينار أو ما اتفقا عليه، ويقع العقد بذلك، فقد حكى القاضى أبو محمد فى إشرافه أن النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضى التمليك المؤبد كالهبة والبيع دون ما يقتضى التوقيت. وزاد القاضى أبو الحسن: ولفظ الصدقة، قال: وسواء عندى ذكر المهر أو لم يذكره فى لفظ الهبة والبيع والصدقة، إذا علم أنهم قصدوا النكاح، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج، ورواه مالك عن المغيرة ومحمد بن دينار.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، ما روى عبد العزيز بن أبى حازم عن أبيه عن سهل بن سعد أن النبى ﷺ قال فى الحديث المتقدم للقائم: «قد ملكتكها بما معك من القرآن».

ووجه الدليل من الحديث أنه ﷺ زوجه إياها بلفظ التمليك، وذلك لا يجوز عند الشافعى.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا لفظ يقتضى إطلاقه عقد تمليك مؤبد، فجاز أن ينعقد به النكاح كلفظ النكاح والتزويج.

فصل: وقوله: **«فقام رجل، فقال: زوجنيها يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة»** دليل على جواز الخطبة التى قد أجابت إلى النكاح باستئذان الذى أجابته، وأن المنع من أن يخطب أحد على خطبة أخيه إنما هو لحق الناكح، فإذا استؤذن فى الخطبة وصرف الأمر إليه فى ذلك، فلا حرج. وهذا يقتضى أن النكاح مباح للفقير إذا وجد المهر.

والنكاح فى الجملة مندوب إليه، ولا يتعين وجوبه إلا أن يخاف العنت، ولم يجد ما يتسرى به، وقد يتعلق المنع بذلك إذا استغنى عنه وعجز عن المهر.

فصل: وقوله ﷺ: **«هل معك شىء تصدقها إياه»** مع ما يأتى بعده من نسق الكلام، دليل على أن النكاح لا يجوز أن يعرى عن صداق.

وقوله: **«ما عندى إلا إزارى»** إظهار لفقره وإخبار بأنه لا يملك غيره.

وقوله ﷺ: **«إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك»** يقتضى معنيين، أحدهما: أنه لا

يصح أن يصدقها إياه، ولو صح ذلك لما احتج عليه بتعذر تسليم الإزار إليها. والثاني: أنه لا يجوز أن يسلمه؛ لأن ذلك يؤدى إلى البقاء على حالة لا يجوز بها البقاء عليها من كشف العورة والتعرى عن جميع الملبس، ولذلك لا يباع هذا من الثياب فى دين ولا يقضى به حق.

فصل: وقوله ﷺ: «**التمس شيئًا**» وقول الرجل: «**ما أجد شيئًا**» وإن كانت لفظة شىء تقع على القليل والكثير مما يصح أن يمهر إلا أنه مستند إلى قوله ﷺ: «**هل عندك من شىء تصدقها إياه**» فكأنه قال: التمس شيئًا مما يمكن أن تصدقها إياه.

فقال الرجل: ما أجد شيئًا، يصح أن يكون صداقًا لأنه لا خلاف أنه كان يقدر على نواة تمرة وقتة حشيش وحزمة حطب يحتطبه وأنواع هذا مما لا يصح أن يكون مهرًا. والشافعى يقول: إن المهر يكون قليلاً وكثيرًا لا حد لأقله، ومع ذلك فلا يجوز عنده بالخزف المكسر والجرار المخرقة وبما لا يكون عوضًا فى الغالب، فلا يجوز له حمل الحديث على ظاهره؛ لأن لفظة «شىء» يقع على ذلك كله، فلو حملوا الحديث على ظاهره للزمهم أن يجيزوا النكاح بقشر البيش والخزف المكسر ونحو ذلك.

وإن قالوا: إن معناه شىء مما يجوز أن يكون عوضًا فى الصفة، قلنا أن نقول شىء مما يجوز أن يكون عوضًا فى المقدار، ومما يبين هذا التأويل أنه لما قال: لا أجد شيئًا، قال له رسول الله ﷺ: «**التمس ولو خاتمًا من حديد**» فلو أراد بقوله: التمس شيئًا، مما قل أو كثر لاستحال أن يقول له بعد ذلك: «التمس ولو خاتمًا من حديد» لمعنيين، أحدهما: أنه إنما يكلفه أولا الأكثر، فإذا عجز عنه أرخص عنه فى الأقل، ومحال أن يكلفه القليل، فإذا عجز عنه كلفه الكثير، فدل ذلك على أن الشىء فى قوله ﷺ: التمس شيئًا، أكثر من مقدار قيمة خاتم الحديد والمعنى الثانى أن الرجل قال له: ما أجد شيئًا، وإنما يعنى إن لم يجد الشىء الذى كلفه التماسه، فلو كلف التماس ما قل أو كثر فنفاه لما جاز أن يقول له: التمس خاتمًا من حديد؛ لأنه قد نفى أن يجد خاتمًا من حديد، وما هو أقل منه، فلما أمره بعد ذلك أن يلتمس خاتمًا من حديد علم أن النبى ﷺ عنى بالشىء فى قوله: التمس شيئًا، أكثقر من مقدار خاتم الحديد، ولذلك قال له: «ولو خاتما من حديد» وهذا إنما يستعمل فى أقل ما يكون من المطلوب.

فصل: ومطالبته بذلك فى الحين، تقتضى أن من حكمه تعجيله أو تعجيل ما يصح أن يكون مهرًا منه، ولو شرع تأخير جميعه لسأله هل يرجو أن يتكسب فى المستقبل قدر الخاتم من الحديد، بل الغالب تجويز ذلك كله، فكان يقول له: زوجتكها على أن يكون

لها هذا فى ذمتك، ويضرب لذلك أجلاً، يغلب على الظن تكسبه لهذا، ولما نقله عن وجود المهر إلى المنافع دون واسطة، ثبت أن من حكم المهر أن يتعجل منه قبل البناء ما يصح أن يكون مهرًا.

فصل: وقوله ﷺ: «**هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم**» وذكر له ما حفظ منه، يحتمل أن يكون لما عدم الأعيان عدل إلى سؤاله عن المنافع، ليصدق ذلك امرأته. والثاني: أن يعلم ما عنده من القرآن فقط.

فصل: وقوله ﷺ: «**قد أنكحتكها بما معك من القرآن**» يحتمل أيضًا وجهين، أحدهما: وهو الأظهر أن يعلمها ما معه من القرآن ومقدارًا ما منه، فيكون ذلك صداقها، وهذا إباحة جعل منافع الأعيان مهرًا.

وقد روى عن مالك هذا التفسير، رواه عنه ابن مضر الأندلسى، واحتج شيوخنا العراقيون بهذا الحديث على أن منافع الأعيان يصح أن تكون عوضًا عن البضع.

وقد روى زائدة هذا الحديث فقال فيه: «**انطلق فقد زوجتكها، فعلمها ما معك من القرآن**» ذكر ذلك مسلم فى صحيحه. وقد روى عقيل عن عطاء عن أبى هريرة عن النبى ﷺ نحو هذه القضية، ولم يذكر الإزار والخاتم، وقال: «ما تحفظ من القرآن» قال: سورة البقرة، والتى تليها، قال: فعلمها عشرين آية، وهى امرأتك». والوجه الثانى ما ذهب إليه الشيخ أبو بكر والشيخ أبو محمد أن معناه: زوجتكها بما معك من القرآن، وأن هذا خاص لذلك الرجل دون غيره من الناس، وهذا التخصيص يحتاج إلى دليل، والتأويل الأول أظهر من جهة اللفظ والمعنى، والله أعلم. وقد قال ابن مزين: سألت يحيى بن يحيى عن من نكح بقرآن يقرؤه، لم ينقد غيره، فقال: يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ولها صداق المثل.

فرع: إذا ثبت الوجه الأول من جعل منافع الأعيان مهرًا، فقال القاضى أبو محمد والقاضى أبو الحسن: إنه مكروه. قال القاضى أبو محمد: لا خلاف فيه. وقال القاضى أبو الحسن إنما يكره مع القدرة على غيره، وأما مع العدم، فلا، ولعله قد جعل هذا المعجل من مهرها لئلا يكون البناء قبل تقديم شيء من المهر، وأبقى باقى المهر فى ذمته.

وقد قال أصبغ: فمن نكح بعمل سنة أكرهه، إن كان معه شيء، وإن لم يكن معه شيء، فهو أشد كراهية، وإن نزل مضى فى الوجهين، واحتج بقصة شعيب عليه السلام. وجوز الشافعى جعل منافع الأعيان مهرًا. وقال أبو حنيفة: إن منافع العبد يجوز أن تكون مهرًا دون منافع الحر.

والدليل على ما قدمناه قوله تعالى: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرًا فمن عندك﴾ [القصص: ٢٧] وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد نسخ. وقد احتج مالك، رحمه الله، بهذه الآية في ترك الاستئمار.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه منفعة معلومة مباحة من عين معروفة، فجاز أن يكون عوضًا للبضع كمنفعة العبد. وروى عيسى عن ابن القاسم لا يكون النكاح جعلاً ولا كراء، ولمن عمل على ذلك أجر مثله.

قال مالك: وما ذكر من نكاح موسى عليه السلام، فالأحكام على غير ذلك، فهذه الرواية تمنع أن تكون المنافع مهرًا، خلافا لما تقدم. وأما الجعل، فيجب أن يكون قولاً واحدًا لأن عقد الجعل غير لازم، وعقد النكاح لازم، والله أعلم.

١٠٨٧ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَمَسَّهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا كَامِلا، وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا.

قَالَ مَالِك: وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ غُرْمًا عَلَى وَلِيِّهَا لِزَوْجِهَا إِذَا كَانَ وَلِيُّهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا هُوَ أَبُوهَا أَوْ أَخُوهَا أَوْ مَنْ يُرَى أَنَّهُ يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْهَا، فَأَمَّا إِذَا كَانَ وَلِيُّهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا ابْنَ عَمٍّ أَوْ مَوْلًى أَوْ مِنَ الْعَشِيرَةِ مِمَّنْ يُرَى أَنَّهُ لا يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْهَا فَلَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ، وَتَرُدُّ تِلْكَ الْمَرْأَةُ مَا أَخَذَتْهُ مِنْ صَدَاقِهَا، وَيَتْرُكُ لَهَا قَدْرَ مَا تُسْتَحَلُّ بِهِ.

الشرح: قوله رضي الله عنه: «**أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص**

١٠٨٧ – أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٣٥/٧. ومعرفة السنن والآثار ١٤١٤٥/١٠. الشافعي في الأم ٨٤/٥. عبد الرزاق في المصنف ٢٤٤/٦. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٧٠. وقال في الاستذكار ٩٢/١٦: روى هذا الحديث عن ابن عيينة، وغيره عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن عمر بن الخطاب قال: أيما رجل تزوج امرأة، وبها جنون، أو جذام، أو برص، أو قرن، فلم يعلم بها حتى أصابها، فلها مهرها بما استحل منها، وذلك لزوجها غرم على وليها. فذكر فيه القرآن، ولم يذكره مالك، وهو محفوظ معمول به عند من يذهب في ذلك مذهب عمر، بل القرآن عندهم أوكد، لأنه يمنع من المعنى المبتغى في النكاح، وهو الجماع في الأغلب.

فمسها، فلها صداقها كاملاً، يريد أن ما بها من الجنون والجذام والبرص لا يوجب استباحة بضعها دون عوض، ولابد بذلك من عوض، وإن كان للزوج ردها بهذه العيوب المؤثرة فى المنع من الاستمتاع المقصود بعقد النكاح.

وفى ذلك أربعة أبواب، أحدها: ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالمعانى المؤثرة فى منع الاستمتاع. والباب الثانى: فى تفسير المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج. والباب الثالث: فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس. والباب الرابع: فى موجب الفرقة بذلك بعد المسيس.

* * *

الباب الأول فى ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب المؤثرة فى منع الاستمتاع

أما ثبوت الخيار بذلك، فهو قول مالك، وبه قال الشافعى، وهو المروى عن على وعمر رضى الله عنهما، وقال أبو حنيفة: لا خيار للزوج بشىء من ذلك.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا أحد الزوجين، فجاز أن يرد بعيب يمنع المقصود من الاستمتاع كالزوج، وذلك أن أبا حنيفة وافقنا على الزوج يرد بالجب والعنة.

* * *

الباب الثانى فى تفسير المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج

أما المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج، فإنها الجنون والجذام والبرص وداء الفرج، رواه ابن عبد الحكم عن مالك. قال الشيخ أبو بكر: وإنما كان ذلك لأن هذه المعانى تمنع استدامة الوطء وكمال الالتذاذ به.

فرع: فالجنون هو الصرع والوسواس الذى ذهب معه العقل، كل ذلك ترد به المرأة، وكذلك الجذام إذا تيقن، قليلاً كان أو كثيرًا. وأما البرص، ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: أترد المرأة من قليل البرص، فقال: ما سمعت إلا ما فى الحديث، وما فرق بين قليل ولا كثير. قال ابن القاسم: ترد من قليله، ولو أحيط علمًا فيما خف منه أنه لا يزيد، لم ترد منه، ولكن لا يعلم ذلك فترد من قليله.

ووجه قول ابن القاسم أن يسيره لا يؤثر فى الاستمتاع، ولكنه لا يكاد يتوقف قبل المعتاد منه التزايد، فكان ذلك لتيقنه بمنزلة الموجود منه.

فرع: وأما داء الفرج، فقال ابن حبيب: وتفسيره ما كان فى الفرج مما يقطع لذة الوطء مثل العفل والقرن والرتق. وقال القاضى أبو محمد: داء الفرج هو القرن والرتق وما في معناهما. وزاد الشيخ أبو القاسم فى تفريعه: البخر والإفضاء، وهو أن يكون للزوج الرد به، وإن لم يمنع الوطء مثل العفل القليل والقرن وخرق النار، قال: والمجنونة والجذماء والبرصاء يقدر على وطئها مع ذلك، فللزوج ردها.

مسألة: وأما القرع الفاحش، فإن ابن حبيب قال: له الرد به لأنه من معنى الجذام والبرص، ولم أر ذلك لغيره من أصحابنا، والأظهر من المذهب أنه لا يرد لأنه مما يرجى برؤه فى الأغلب، ولا يمنع المقصود من الاستمتاع، ولا يؤثر فيه كالجرب، ونحوه.

مسألة: وأما ما سوى ذلك من العيوب، فإنه لا يرد به إلا أن يشترط الصحة كالعمى والعور والعرج، ونحو ذلك من العاهات، فإن اشترط الصحة فله الرد، وإلا لم ترد، وكذلك لو وجدها لغية لم يكن له ردها إلا أن يتزوجها على نسب.

ووجه ذلك أن هذا معنى لا يؤثر فى الاستمتاع، فلا يوجب خيار الرد بالعيب كما لو كانت شاربة خمر. قال ابن حبيب: إلا أن يشترط الخاطب لنفسه فى ذلك، فيكون له إلا السوداء، فإنه يكون ذلك له، وإن لم يشترطه إذا لم يكن فى أهلها سواد؛ لأن ذلك كالشرط، ويجب على هذا أن يعلم الزوج بذلك، ويتزوج على أن أهلها لا أسود فيهم، وإلا فليس فى معنى الشرط، والله أعلم.

* * *

الباب الثالث فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس

أما ما يوجب الفرقة، فإنه لا يخلو أن يكون موجود بالمرأة حين العقد أو حادثًا بعده، فإن كان موجودًا بها حين العقد، فعلم به الزوج قبل البناء وبعد العقد، فإن له أن يفارق، ولا شىء عليه من المهر أو يبنى وعليه جميعه.

ووجه ذلك أنه عيب دلس له به، ولم يفت البضع، فهو بالخيار بين أن لا يرضى بالعيب، فيرد النكاح، ولا شىء عليه من المهر، أو يرضى به، فيلزمه ذلك، ويكون عليه جميع المهر أو نصفه، إن طلق بعد الرضا وقبل البناء.

فرع: فإن ادعى الزوج أن بالمرأة داء الفرج، وأنكرت ذلك الزوجة، ففى كتاب ابن حبيب: هى مصدقة، وليس له أن ينظر إليها النساء. وروى سحنون عن ابن القاسم: لا ينظر إليها النساء، وأنكر ذلك سحنون عليه، وقال: كيف تعرف إلا بنظرهن. وروى ابن سحنون عن أبيه: ينظر إليها النساء.

مسألة: فإن كان حادثًا بعد العقد، فعلم بذلك قبل البناء لم يكن للزوج إلا أن يفارق، ويكون عليه نصف الصداق، أو يبنى ويكون عليه جميعه. وقال الشافعى: يفارق، ولا شيء عليه.

وجه قول مالك أن هذا العيب إنما حدث فيما عقد عليه بعد ملكه له، فكان ذلك منه كما لو ماتت.

فرع: فإن ظهر بعد عقد النكاح بمدة شيء من هذه المعانى، فقال الزوج: كان ذلك بها يوم العقد. وقالت المرأة والولى: إنما حدث ذلك بعد العقد، فقد روى العتبى عن ابن القاسم وابن حبيب عن مالك: البينة على الزوج.

ووجه ذلك أنه يدعى فسخ عقد ظاهره اللزوم، وذلك من مقتضاه، فعليه البينة بما يدعيه.

فرع: فإن لم تكن للزوج بينة، فقد روى ابن حبيب عن مالك إن كان الولى أبًا أو أخًا، فعليه اليمين، وإن غيرهما، فاليمين عليها.

ووجه ذلك أن الأب والأخ لما كانا ممن يرجع عليهما بالمهر إن ثبت الرجوع بذلك لزمتهما اليمين، وكذلك كل من هذا حكمه؛ لأنه يدفع عن نفسه الضمان، وإن كان الولى ممن لا يرجع عليه بالمهر لم تلزمه اليمين.

* * *

الباب الرابع فى موجب الفرقة بذلك بعد المسيس

وأما موجب الفرقة بذلك بعد المسيس، فإن ما ظهر عليه الزوج من ذلك بالمرأة بعد المسيس، فلا يخلو أن يحدث قبل عقد النكاح أو بعده، فإن كان حدث بعد عقد النكاح، فقد وجب للمرأة جميع المهر بالمسيس، سواء علم بذلك الوطء أو بعده، وإن كان بالمرأة قبل العقد، ولم يعلم الزوج به إلا بعد الوطء، فإنه لابد للبضع المستباح من عوض وسيأتى تفسيره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: **«وذلك لزوجها غرم على وليها»** وقول مالك بعده: **«إن ذلك إذا كان وليها هو أخوها أو أبوها أو من يرى أنه يعلم ذلك منها، وأما إن كان وليها الذى أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشيرة أو ممن يرى أنه لا يعلم ذلك منها، فليس عليه غرم»** فإنه يحتمل أن يكون قول مالك خلافًا لقول عمر رضى

الله عنه، وأن يكون مالك، رحمه الله، قد أورد قول عمر على ما رواه، وذكر رأيه على ما رآه، ويحتمل أن يكون مالك تلقى قول عمر على أنه موافق لرأيه، ولكنه خاص فى الولى الذى يظن به أنه يعلم، وبين مالك، رحمه الله، ذلك بتفصيله الذى فصله، فإذا كان ذلك كذلك، وكان ما وجد من العيب بالمرأة موجودًا بها حين العقد، وظهر عليه الزوج بعد المسيس، فلا يخلو أن يكون الولى فى عقد نكاحها ممن ظاهره المعرفة بحالها، والاطلاع على ما بها أو يكون ممن ظاهره أنه لا يعلم حالها، ولا يقف على ما بها وإن كان ممن ظاهره المعرفة بحالها، فلا يخلو أن يكون حاضرًا معها قبل مدة النكاح أو غائبًا عنها، فإن كان حاضرًا معها، وكان العيب بموضع ظاهره أنه لا يخفى على مثله، فلا خلاف فى المذهب أن جميع الصداق لها، ويرجع به الزوج على الولى خلافًا للشافعى فى قوله: إنه لا يرجع على الولى، ولا على المرأة بوجه.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يوجب خياره الرد بالعيب، فوجب أن يثبت للراد الرجوع بالعوض إذا فات الرد بالعيب فى البيوع.

مسألة: ولو كان الولى القريب القرابة غائبًا عنها بحيث يعلم أنه يخفى عليه خبرها، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم عن مالك: أنه لا غرم عليه، وإنما الغرم على المرأة: زاد ابن حبيب عن ابن القاسم: بعد أن يحلف أنه ما علم. وروى عن أشهب أن ذلك على الولى، وإن كان غائبًا لا يعلم.

وجه قول مالك أن الظاهر من حاله أنه لم يدلس بالعيب عليه كالولى الذى ليس بقريب القرابة.

ووجه قول أشهب أنه ولى قريب القرابة، فلم يسقط عنه الغرم، ظاهر عدم علمه بالعيب كالبرص الذى يكون بموضع يخفى على الأب والابن.

مسألة: وإن كان الولى فى عقد نكاحها من ظاهره أنه لا يعلم ما بها من ذلك كابن العم والمولى والرجل من العشيرة، فلا غرم عليه ولا يمين، قاله ابن المواز. وقال ابن حبيب: إن اتهم أنه علم حلف، وإلا فلا شىء عليه، وترد المرأة من الصداق ما أخذته غير أنه يترك لها من ذلك ربع دينار، وذلك ما يستحل به فرجها، لأنه لا يجوز استباحته بغير عوض، فوجب إنفاذ ذلك لها. قال ابن حبيب: وإنما يرجع عليها بالعين التى دفعها إليها دون الجهاز.

١٠٨٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ ابْنَةَ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ وَأُمُّهَا بِنْتُ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ كَانَتْ تَحْتَ ابْنٍ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَمَاتَ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا صَدَاقًا، فَابْتَغَتْ أُمُّهَا صَدَاقَهَا، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: لَيْسَ لَهَا صَدَاقٌ، وَلَوْ كَانَ لَهَا صَدَاقٌ لَمْ نُمْسِكْهُ وَلَمْ نَظْلِمْهَا، فَأَبَتْ أُمُّهَا أَنْ تَقْبَلَ ذَلِكَ، فَجَعَلُوا بَيْنَهُمْ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ فَقَضَى أَنْ لا صَدَاقَ لَهَا وَلَهَا الْمِيرَاثُ.

الشرح: قوله: «**إن بنت عبيدالله بن عمر كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات، ولم يسم لها صداقًا**» يقتضى أن نكاحها كان على وجه التفويض. والنكاح على ضربين، نكاح تسميه مهر، ونكاح تفويض.

فأما نكاح تسميه المهر، فقد تقدم. وأما نكاح التفويض، فهو جائز.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**﴾ [البقرة: ٢٣٦]. قال القاضى أبو محمد: فأباح الطلاق مع عدم الفرض والمسيس، والطلاق المباح لا يكون إلا فى نكاح صحيح.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن وجه التعلق من الآية أنه بمعنى نفى الجناح عن من طلق ما لم يمس أو يفرض فريضة، وهذا يقتضى رفع المأثم بعقده، وإذا ارتفع المأثم دل على إباحته.

والدليل على صحة الإجماع، فلا خلاف بين المسلمين فى جوازه وصحته.

إذا ثبت ذلك، ففيه أربعة أبواب، أحدها: فى صفته. والثانى: فى حكمه قبل المسيس. والثالث: فى حكمه بعد المسيس. والرابع: فى حكم مهر المثل، وما يعتبر فيه.

* * *

الباب الأول فى صفته

أما صفته، فهو أن يصرحوا بالتفويض أو يسكتوا عن ذكر المهر، قاله ابن حبيب وأشهب.

ووجه ذلك أنه لما كان إطلاق العقد يقتضى الصحة، ولا يصح النكاح إلا بعوض، ولم يكن فى الكلام ما ينفى العوض، حمل على النكاح بالمهر الذى يسكت عن ذكره،

١٠٨٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧١.

وهو بمعنى نكاح التفويض، واقتضى ذلك التفويض إلى الزوج فيه؛ لأنه من قبله ينفذ وعليه يجب.

مسألة: ومثل ذلك أن يزوجها على حكم الزوج. قال ابن حبيب: وكذلك على حكم أجنبى أو على حكم الولى. فأما على حكم الزوجة، فلا خلاف بين أصحابنا فى جوازه غير عبد الملك بن الماجشون، فإن ابن المواز يفسخ قبل البناء، ونحو ذلك روى عنه القاضى أبو محمد. وروى عنه ابن حبيب جوازه.

وجه رواية الجواز أنه تفويض فى مقدار الصداق، فلم يمنع صحة النكاح كالتفويض إلى الزوج. ووجه رواية المنع أن الصداق من جهة الزوج، فإذا بذل المثل لزم النكاح، وليس من جهة المرأة، فإذا رضيت به لم يلزم النكاح؛ لأن للزوج الامتناع من ذلك، فلما النكاح من إحدى الجهتين لم يصح كما لو كان التفويض فى البضع.

* * *

الباب الثانى فى حكم نكاح التفويض

قبل المسيس

وأما نكاح التفويض بالتصريح أو السكوت، فإنه لازم للمرأة إن فرض لها الزوج مهر المثل، ولا يخلو فرضه من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يفرض مهر المثل فأكثر. والثانى: أن يفرض أقل من مهر المثل، مما يصح أن يكون مهرًا. والثالث: أن يفرض من المهر ما لا يصح أن يكون مهرًا، فإذا أفرض مهر المثل فأكثر، فقد تقدم ذكره.

ووجه ذلك أن الزوج قد ملك استباحة بضعها بدليل صحة النكاح، وإذا ملك ذلك بنفس العقد لم يلزمه أكثر من قيمته، وذلك مهر المثل، فإن فرض أقل من مهر المثل مما يصح أن يكون مهرًا، وذلك أكثر من ربع دينار، فإن رضيته الزوجة جاز النكاح، ولزمها وإن أبت من ذلك لم يلزمها النكاح.

ووجه ذلك أنه إذا فرض ربع دينار فأكثر، فالحق غير خارج عنهما، فما اتفقا عليه لزمهما، وجاز لهما ذلك. وأما إذا فرض لها ما لا يصح أن يكون مهرًا، وذلك أن يفرض لها أقل من ربع دينار، فلا يجوز لها الرضا به؛ لأن الحق لله فلا يجوز لهما إسقاطه.

مسألة: فإن تزوج على حكم أجنبى أو على حكم الولى، فقد قال ابن حبيب: إن

فرض لها مهر المثل فأكثر، فلا حجة لها، وإن أبى فارق ولا شىء عليه. وروى ابن المواز عن ابن القاسم، فيما حكم فيه الأجنبى: إن رضيا بحكمه وإلا فرق بينهما، بمنزلة إذا لم يفرض الزوج مهر المثل فى نكاح التفويض إليه.

وجه قول ابن حبيب أن التحكيم لا يقتضى الرجوع إلى قول الحكم، ولذلك إذا حكم الزوج بأقل من مهر المثل، لم يلزم ذلك الزوجة، وإنما يقتضى التحكيم لزوم مهر المثل والتسامح فى إحدى الجهتين، فإذا كان ذلك كذلك وجب أن يستوى فيه تحكيم الزوح والزوجة الأجنبى، والولى والله أعلم.

ووجه الرواية الثانية ما يأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: فإن عقد النكاح على حكم الزوجة، وقلنا بجوازه، فقد قال القاضى أبو محمد: اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: إن بذل لها مهر المثل، لزمها كالتفويض، وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ وأحد قولى ابن القاسم، ومنهم من قال: لا يلزمها الرضا بصداق المثل، وهو قول أشهب وأحد قولى ابن القاسم، وقد رواه ابن المواز عنهما.

وجه القول الأول ما تقدم. ووجه القول الثانى أن التحكيم توجه إلى جهة، فلا يلزم الرضا بغيرها كما لو علق بحكم فلان.

مسألة: ومن تزوج، على التفويض فطلق ابتداء، لم يلزمه شىء من المهر ولا غيره إلا أنه مندوب إلى المتعة. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن**﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وإن فرض لها بعد العقد مهر المثل، واتفقا عليه، ثم طلقها قبل البناء، فلها نصف ذلك، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف فى أحد قوليه: لا شىء عليه من ذلك.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿**وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم**﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وهذا عام فنحمله على عمومه.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا فرض يجب بالبناء، فيلزم أن يجب نصفه بالطلاق قبل البناء كالفرض فى نفس العقد.

مسألة: ومن تزوج على تفويض، ثم مات أحد الزوجين قبل التسمية والمسيس،

فالتوارث بينهما ثابت، ولا مهر للمرأة، رواه ابن عبد الحكم وغيره من مالك. قال الشيخ أبو بكر: إنما قلت إن بينهما التوارث لقوله تعالى: ﴿**ولكم نصف ما ترك أزواجكم**﴾ [النساء: ١٢]. وقوله جل وعز: ﴿**ولهن الربع مما تركتم**﴾ [النساء: ١٢] وأما الصداق فلا صداق لها، وبه قال على بن أبى طالب وزيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم، ومن التابعين سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وجماعة سواهم، وهو أحد قولى الشافعى. وقال أبو حنيفة: لها الصداق، وهو قول ثان للشافعى.

والدليل على ما نقوله أن ما لا يجب لها بالطلاق شىء منه، فإنه لا يجب لها بالموت جميعه. أصل ذلك ما زاد على المسمى وعكسه المسمى لما وجب لها بالطلاق نصفه وجب لها بالموت جميعه. وأما تسمية المهر فى المرض، فلا يصح ولا شىء لها منه؛ لأنها وصية لوارث، قاله مالك، وقال: فإن دخل بها فى مرضه، فلها صداق مثلها، ولو مات أحدهما بعد تسمية المهر فى صحته لكان ذلك للزوجة؛ لأن ذلك مما قلنا إنه يجب نصفه بالطلاق على ما تقدم.

* * *

الباب الثالث فى حكم نكاح التفويض بعد المسيس

وأما أنه إذا دخل بها بعد أن سمى لها مهر المثل أو ما اتفقا عليه، فإن لها ذلك كله بالمسيس، وإن دخل بها قبل التسمية وجب لها بالمسيس مهر المثل، رواه ابن عبد الحكم عن مالك. وقال ابن حبيب: إن المجمع عليه، وإن طلقها بعد المسيس لم يسقط عنه شىء من مهر المثل.

ووجه ذلك أنه قد استوفى ما عقد عليه من البضع من غير تسمية لعوض، فوجب أن تلزمه قيمته، وذلك مهر المثل.

* * *

الباب الرابع فيما يعتبر فى مهر المثل

أما ما يعتبر فى مهر المثل، فإنه أربع صفات: الدين والجمال والمال والحسب، ومن شرط التساوى مع ذلك الأزمنة والبلاد، فمن ساواها فى هذه الصفات ردت إليها فى مهر المثل، وإن لم تكن من أقاربها. وقال الشافعى: يعتبر منها عصبتها فقط، وهن أخواتها وبنات أعمامها وكل من يرجع بالانتساب بينهما إلى التعصيب.

وحكى الطحاوى عن أبى حنيفة أنه يعتبر منها قومها اللواتى معها فى عشيرتها، فدخل فيها سائر العصبات والأمهات والخالات دون الأجانب. وقد قال ابن أبى ليلى: يعتبر بذوات الأرحام.

والدليل على ما نقوله قوله : «ينكح النساء لأربع لما لها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»[1].

فوجه الدين من الحديث أنه ﷺ أخبر أن المقصود من النساء فى النكاح هذه الصفات، فوجب أن يزيد المهر وينقص بحسب هذه المعانى المقصودة، ولا يقصر ذلك على الحسب دون غيره.

ووجه آخر، وهو أنه ﷺ حض على ذات الدين، فوجب أن يكون الاعتبار بهذه الصفات أولى.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه زوجة، فوجب أن يعتبر فى مهر مثلها من كان على مثل حالها، وإن لم تكن من قومها كالتى لا عشيرة لها.

فصل: وقوله: **«فمات ولم يسم لها صداقًا فابتغت أمها صداقها، فقال عبد الله بن عمر: ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم نمسكه، ولم نظلمها»** يريد ما قدمناه من أن موت أحد الزوجين قبل فرض الصداق فى نكاح التفويض لا يوجب مهرًا ولو أوجب مهرًا لم يمسكه عبد الله على علمه ودينه وفضله ولم يرض يظلم أحد، فكيف بظلم ابنة أخيه.

فصل: وقوله: **«فأبت أن تقبل ذلك»** يحتمل أن تكون علمت بالاختلاف فى ذلك بين أهل العلم، فلذلك لم تقبل قوله، فحكما بينهما زيد بن ثابت لتقدمه فى العلم والدين والفضل، ولعله فى ذلك الوقت كان الذى يرجع إلى قوله فى الفتوى، ويؤخذ بفتواه عند اختلاف العلماء، فقضى بأن لها الميراث دون الصداق.

وقد روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال: لها مهر مثلها. وروى الثورى عن منصور عن إبراهيم عن علقمة أتى عبد الله بن مسعود، يسأل عن رجل تزوج امرأة، ولم يفرض لها ولم يمسها حتى مات فردهم، ثم قال: أقول فيها برأيى، فإن يكن صوابًا

---

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٠٩٠. مسلم حديث رقم ١٤٦٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٣٠. أبو داود حديث رقم ٢٠٤٧. ابن ماجه حديث رقم ١٨٥٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٩٢٣٧. الدارمى حديث رقم ٢١٧٠.

فمن الله، وإن يكن خطأ فمني، أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي، فقال: أشهد لقد قضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة من بني رواس.

وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أخبر بقول عبد الله بن مسعود، فقال: لا تصدق الأعراب على رسول الله ﷺ، ومعنى ذلك أن هذا الرجل غير معروف قيل فيه معقل بن سنان، وقيل معقل بن يسار واضطرب في إسناد الحديث فقيل عن علقمة وقيل عن مسروق، ولو صح لجاز أن يريد بحكم النبي ﷺ في الميراث والعدة، والله أعلم

١٠٨٩ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ فِي خِلافَتِهِ إِلَى بَعْضِ عُمَّالِهِ أَنَّ كُلَّ مَا اشْتَرَطَ الْمُنْكِحُ مَنْ كَانَ أَبًا أَوْ غَيْرَهُ مِنْ حِبَاءٍ أَوْ كَرَامَةٍ، فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ إِنِ ابْتَغَتْهُ.

قَالَ مَالِك فِي الْمَرْأَةِ يُنْكِحُهَا أَبُوهَا وَيَشْتَرِطُ فِي صَدَاقِهَا الْحِبَاءَ يُحْبَى بِهِ: إِنَّ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ يَقَعُ بِهِ النِّكَاحُ، فَهُوَ لابْنَتِهِ إِنِ ابْتَغَتْهُ، وَإِنْ فَارَقَهَا زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَلِزَوْجِهَا شَطْرُ الْحِبَاءِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ النِّكَاحُ.

الشرح: قوله: «**إن كل ما اشترط المنكح من كان أبًا أو غيره من حباء أو كرامة فهو للمرأة إن ابتغته**» يقتضي أن ما اشترط في عقد النكاح من عطاء يشترطه الولي لنفسه أو لغيره، فإن ذلك كله للزوجة.

ووجهه أنه عقد معاوضة، فوجب أن يكون جميع عوضه لمن عوضه من جهته كالبيع والإجازة، ولا يلزم على هذا أجرة السمسار؛ لأن ذلك ليس للنائب عن البائع على المبتاع، وإنما هي للنائب على من ناب عنه من مبتاع أو بائع، ولو وكل البائع من يبيع ثوبه، فاشترط الوكيل على المبتاع ثمنًا لكان للبائع، وإن اشترطه لنفسه؛ لأنه من ثمن سلعته.

وقد قال مالك في المدنية: إن الزوج جعل للرجل جعلاً على أن ينكحه لعقدة النكاح، فإنما هو جعل جعله على أن يقوم له في ذلك، فهذا سنة جعل السمسار على من استنابه.

١٠٨٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٧٢.

مسألة: وما كان من ذلك بعد عقد النكاح، فهو لمن اشترطه دون المرأة، ولا شيء للزوج منه إن طلق قبل المسيس، قاله مالك فى المدنية. زاد محمد بن عبد الحكم: قائمًا كان الحباء أو فائتًا.

ووجه ذلك أنه معنى تبرع به الزوج بعد تمام العقد، وتقدير العوض، فكان ذلك هبة مبتدأة لمن وهبه إياها دون الزوجة.

فرع: فإن فسخ النكاح بأمر غالب، فروى ابن حبيب عن مالك: الزوج يرجع بما وجد من ذلك قائمًا لم يفت. ووجه ذلك أنها هبة لأجل النكاح، فإن فسخ قبل النكاح ردت هبته كالبيع.

فصل: وقوله: «**وإن فارقها زوجها قبل البناء فلزوجها شطر الحباء الذى وقع به النكاح**» يريد أن لها شطر الحباء الذى وقع به النكاح من نصف الصداق.

ووجه ذلك أنه من جملة العوض الذى انعقد عليه النكاح، وثبت بالنكاح للزوجة، فكان للزوج نصفه إن طلق قبل البناء كالمهر.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يُزَوِّجُ ابْنَهُ صَغِيرًا لا مَالَ لَهُ: إِنَّ الصَّدَاقَ عَلَى أَبِيهِ إِذَا كَانَ الْغُلامُ يَوْمَ تَزَوَّجَ لا مَالَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْغُلامِ مَالٌ، فَالصَّدَاقُ فِى مَالِ الْغُلامِ إِلا أَنْ يُسَمِّىَ الأَبُ أَنَّ الصَّدَاقَ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ النِّكَاحُ ثَابِتٌ عَلَى الابْنِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا وَكَانَ فِى وِلايَةِ أَبِيهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن الرجل إذا زوج ابنه الصغير الذى لا مال له، فإنه لا يخلو أن يكون نكاح تسمية صداق أو نكاح تفويض، فإن كان نكاح تسمية، فلا يخلو أن يكون الأب صرح بأن الصداق عليه أو على الابن أو سكت، فإن صرح بأن الصداق على الأب، فهو عليه على حسب ما التزمه، وكذلك لو سكت، قاله القاضى أبو محمد، ورواه محمد عن مالك.

ووجه ذلك أن إطلاق العقد يقتضى تعلق العوض بذمة العاقد دون ذمة المعقود له كابتياعه له نفقة أو كسوة.

فرع: وهذا إذا كان الأب موسرًا، فإن كان الأب والابن عديمين، فقد روى محمد عن أصبغ: لا شىء من ذلك على الأب، والذى يقتضيه عندى المذهب أن ذلك على الأب مع الإبهام؛ لأنه هو المتولى للعقد عليه والإنفاق عنه، فيجب أن يكون ما يعقد عليه به بذمته مع الإبهام.

مسألة: فإن صرح الأب بأن الصداق على الابن، فقد روى محمد عن ابن القاسم: أنه على الأب دونه. قال: وقال أصبغ: إن كتبه على الابن برضا الزوجين له أن يكون هكذا على الابن مجردًا، فهو على الابن كما لو اشترى سلعة، قال: وإنما يلزم الأب إذا زوجه منها، والابن عديم. وقال محمد: قول ابن القاسم: أحب إلىَّ أنه على الأب، وإن كتبه على الابن حتى يوضح ذلك بأن يقول: ولست منه فى شىء لكنه على ابنى. ولا فرق بين هذا الذى قاله ابن المواز وبين ما أنكره عن أصبغ فى موضع لم يتعرض له أصبغ، وإنما يظهر من فحوى كلامه، وهو إذا قال الأب: الصداق على ابنى، وسكت عنه فى ذلك، فهاهنا يمكن أن يخالف أصبغ قول محمد لقوله: وإنما يكون على الأب إذا زوجه مبهما.

وأما المسألة التى نص عليها أصبغ من قوله: إذا رضى المزوجون بكون المهر على الابن، فالنكاح ماض.

فرع: فإذا قلنا إنه على الأب، فطلقها الابن موسرًا، فإن نصف الصداق على الأب، وإن كان معسرًا، فلا شىء منه على الابن، قاله ابن القاسم فى المدنية.

فرع: وإذا قلنا إنه على الابن، فقد قال ابن المواز: يكون الابن بالخيار إذا بلغ، فإن دخل لم يكن عليه إلا صداق المثل. قال عيسى: عليه الصداق المسمى.

فصل: وقوله: **«فإن كان للغلام مال.فالصداق فى مال الغلام إلا أن يسمى الأب أن الصداق عليه»** وهذا كما قال أن الصبى إذا كان له مال فأبهم الأب على المهر، فإن المهر فى مال الصبى، قال القاضى أبو محمد: لأن من حق عقود المعارضات أن يكون العوض على من ملك المعوض منه كما لو اشترى له ثوبًا أو عقارًا.

مسألة: فإن شرط الأب ذلك على نفسه، قال محمد عن أشهب عن مالك: يلزمه ذلك فى العاجل والآجل، وإن كان الأب عديمًا.

ووجه ذلك أنه ألزم نفسه مالاً انعقد بسببه عقد، فلزمه أداؤه كما لو قال لزيد: بع هذا الثوب من عمرو، فإن هذا يلزمه فى يسره وعدمه.

فرع: ولو كبر الابن، وأراد الدخول بأهله، والأب معسر، أخرج الابن الصداق من ماله، ثم يتبع به أباه دينًا عليه، قاله مالك فى المدنية.

مسألة: ولو كان الابن الصغير مليئا ببعض المهر، فلم أر فيه نصًا.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أنه يكون فى مقدار ماله من المهر بمنزلة الغنى، وما زاد على ذلك مما لا وفاء به لمال الابن، فحكم الابن فيه حكم من لا مال له، والله أعلم.

مسألة: وأما فى نكاح التفويض، فإن زوجه الأب صغيرًا لا مال له، فلم يفرض لها مهرًا حتى يبلغ الغلام، فالصداق على الأب، فإن مات الأب، فالصداق فى ماله، قاله عيسى.

ووجه ذلك أن وقت تعيين محل الصداق هو وقت العقد لأنه لابد أن يكون للصداق محل يوم العقد، ولا ينتقل عنه لعسر ولا ليسر كنكاح التسمية.

فصل: وقوله: «**وذلك النكاح ثابت على الابن إذا كان صغيرًا وكان فى ولاية أبيه**» ومعنى ذلك أن النكاح لازم له؛ لأن عقد الأب نكاح ابنه الصغير جائز، وبه قال أبو حنيفة وعروة والزهرى وطاوس. وقال الشافعى: إن كان الابن سليمًا، جاز للأب أن يزوجه، وإن كان الابن الصغير مجنونًا، لم يجز لأب ولا غيره أن يزوجه.

والدليل على جواز ذلك أن هذا صغير، فجائز أن يجبره الأب على النكاح كالصحيح. ودليل ثان أن كل عقد جاز للأب أن يعقده على الصغير السليم جاز أن يعقده على الصغير المجنون كالبيع.

فرع: ويجوز لغير الأب من الأولياء أن يزوج الصغير اليتيم، قاله القاضى أبو الحسن، ويريد به الوصى أو الحاكم، وقد قاله القاضى أبو محمد فى معونته مفسرًا. وقال ابن حبيب: لا يجوز لأحد من الأولياء تزويج الصغير قبل بلوغه، لا لأخ، ولا لجد، ولا لعم، ولا أحد إلا الوصى أو السلطان أو خليفته الذى يوليه ماله. قال: والفرق بينه وبين اليتيمة التى لا يزوجها قبل البلوغ إلا الأب أن اليتيم إن كره هذا النكاح، استطاع التخلص منه بالطلاق، واليتيمة لا تقدر على ذلك بعد البلوغ، فلم تجبر عليه. وقال الشافعى: لا يجوز ذلك لغير الأب.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة، فجاز للولى أن يعقده على اليتيم إذا رآه حظًا كالبيع والشراء.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا خيار للصبى إذا بلغ، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: له الخيار إذا بلغ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وطاوس وعطاء وابن شبرمة.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة عقده الولى على الصبى، فلم يثبت له الخيار ابتداء عند بلوغه كالبيع.

مسألة: وهذا كله إذا كان الأب صحيحًا، فإن كان مريضًا، وضمن صداق الابن، ففى الموازية عن مالك: يجوز النكاح ويبطل الضمان. قال الشيخ أبو محمد: يريد إذا مات الأب. قال محمد: كان للابن مال أو لم يكن.

وجه ذلك أن ما تحمله من الصداق عن الابن وصية لوارث، فلا يلزم إلا بإجازة الورثة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن بلغ الابن فى مرض الأب، فأراد الدخول بها أو أراد الدخول بعد موت أبيه كان لها الامتناع حتى يدفع المهر، وإن أراد أن تتبع الزوج به، فللوصى إن رأى غبطة أمضاه بأداء المهر من مال الصبى، وإلا فسخه، قاله فى الموازية.

ووجه ذلك أن ما عقده الأب على الابن قد منع منه، فليس للزوجة أن تنقله إلى غيره إلا بإذن الوصى.

فرع: ولو بلغ الصبى فى مرض الأب، فدخل بزوجته، فقد قال مالك: ترد المرأة ما أخذت من مال الأب، وتتبع به الزوج. قال محمد: فإن لم يكن بيدها من ذلك قدر ربع دينار منع منها حتى يدفع إليها ربع دينار.

ووجه ذلك أنها قد أسلمت نفسها إليه، فلم يكن لها الامتناع منه إلا بحق الشرع، والله أعلم.

مسألة: ولو زوج ابنته فى مرضه وأصدقها عن الزوج، ففى الموازية: النكاح صحيح، غير مختلف فيه، واختلف فى المهر، فقال ابن القاسم وأشهب: هو عطية لابنته، ولا يكون فى ماله. وقال مالك وابن وهب وعبد الملك: هو عطية للزوج نافذة من ثلثه إلا أن يكون أكثر من صداق مثلها، فترد الزيادة، وبهذا أخذ ابن المواز وابن حبيب، ورواه أبو زيد فى العتبية عن ابن القاسم.

وجه القول الأول أن العطية إنما توجهت إلى ابنته فى حال لا يجوز له ذلك، ولو ملك العطية زوجها على وجه يفعل بها ما يشاء ويصرفها إلى ما يشاء لجاز ذلك. ووجه القول الثانى أن النكاح صحيح، وذلك يقتضى أن الهبة توجهت إلى الزوج، ولو كانت الهبة لابنته لعرا النكاح عن عوض، ولأوجب ذلك فساده، والله أعلم.

مسألة: فإذا قلنا بالقول الأول، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى العتبية: يقال لابن الأخ إن أديت الصداق من مالك تم النكاح، وإن أبيت بطل النكاح.

قال ابن وهب فى العتبية: ولا شىء للزوج فى مال الميت. وهذا عندى يجب أن يكون حكم الزيادة على مهر مثلها على قول مالك إلا أن تشاء الزوجة إمضاء النكاح، وترد الزيادة إن كانت تملك أمرها.

فرع: فإن أبى الزوج دفع المهر من ماله، فارق، ولا شىء عليه، قاله ابن القاسم وأشهب. وقال ابن وهب فى العتبية: إن أبى الزوج، فلا شىء فى مال الأب الميت قيل له، فهذا يدل على أنها وصية للميت، قال: إنما هى وصية للزوج على شىء إن فعله تم له، وإن لم يفعله لم يتم له.

فرع: وإن طلق قبل البناء وقبل موت الأب، ففى العتبية من قول ابن القاسم: لها نصف المهر من ثلثه، ولا شىء للزوج فى النصف الباقى، وهذا رجوع من ابن القاسم إلى قول مالك. وفى الموازية: قال أشهب: من أقر فى مرضه أنه قبض صداق ابنته، ولم يدخل بها زوجها، ثم مات الأب، فإنه يؤخذ ذلك من ماله. قال محمد: فقد ترك قوله الأول: أنها عطية للبنت.

قال عبد الملك: وقد قال ابن دينار وغيره من أصحابنا: لا شىء لها من تركة الأب؛ لأنه أعطاها على أنه إن دخل بها الزوج تم لها، وإن طلقت أخذت بمعنى الوصية فى تركة أبيها لأنه عطية فيما لزم الزوج من نكاحه، فما لم تجب عليه فيه عطية، فليس بمقبوض، وما وجب عليه، فهو كالمقبوض.

فرع: فإذا قلنا إن الصداق فى مال الأب، إن كان له مال، فقد قال أشهب فى الموازية: لا سبيل للزوج إليها إلا أن يؤدى الصداق ويتبع به الميت.

مسألة: قد تقدم حكم المحجورعليه لصغر من الذكور حكم البنات. وأما المحجور عليه لسفه، فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه أن الأب يجبره على النكاح، وكذلك وصى الأب والسلطان وخليفة السلطان. وقال عبد الملك: لا يزوجه من يلى عليه إلا برضاه.

وجه القول الأول أنه محجور عليه فى ماله ونكاحه، فكان لمن له الحجر عليه جبره على النكاح كالصغير والعبد.

ووجه قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم أن من ملك الطلاق من الأحرار لـم يجبر على النكاح كالرشيد.

فرع: والفرق بين السـفيه يجبره وليـه علـى النكـاح، ولا يجبر السـفيهة، أن السـفيه والصغير يملك إزالة ذلك عند رشده، والمرأة بخلاف ذلك.

مسألة: فإذا تزوج السفيه بغـير إذن الـولى، فنكاحـه موقـوف علـى الفسـخ، إن رأى وجه رشد أمضاه، وإن رأى غبنًا رده كالعبد يتزوج بغير إذن سـيده، فـإن أجـازه الـولى على ما عقد، لزمه ذلك، وإن رده قبل البناء، فلا شيء عليه من مهر ولا غيره، وكـانت طلقة واحدة وإن رده بعد البناء، فقد قال عبد الملك: تـرد الزوجـة مـا قبضـت أو قبـض ولا يترك لها شيئًا. وقال مالك وأكثر أصحابه: يترك لها. قـال ابـن حبيـب: القيـاس مـا قال ابن الماجشون. وقول مالك استحسان.

وجه قول ابن الماجشـون ان مـا سـلم إلى السـفيه علـى وجـه المعاوضـة، بطـل جميـع عوضه كالبيع. ووجه قول مالك أن البضع لا يحل بذلـه بغـير عـوض، فيـلزم المحجـور، فيستوفيه على وجه مباح أقل ما يكون عوضًا له؛ لأنه بذلك يتميز من السفاح، ومـا زاد على ذلك، فلا تأثير له فى الإباحة فيرد عليه، ويخالف هذا البيع؛ لأنه يصح بذلـك بغير عوض. ووجه آخر، وهو أن السـفيه إذا انتفـع بمـا اشـترى بغـير إذن وليـه لزمـه قيمتـه، فكذلك يلزمه ما يستباح به البضع إذا استوفاه.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، ففى الموازية وغيرها عـن مـالك: يـترك لهـا ربـع دينـار. وقال مالك فى الواضحة وغيرها: يترك لها قدر ما يستحل به مثلهـا، ولـم يحـد. وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: يترك للدنية ربع دينار ولذات القدر أكـثر مـن ذلـك. وقـال أصبغ: بحسب ما يراه مما لا يـرى يبلـغ صـداق مثلهـا، ولا تذهـب بغـير صـداق. وفـى المدنية عن ابن القاسم: يترك لها ثلاثة دنانير أو أربعة أو نحو ذلك. وقال ابن نافع: يـترك لها من المائة دينار عشرة دنانير.

وجه قول مالك ما قدمناه من أن الربع دينار أقل ما يستباح به البضع، وكذلك قولـه فى الواضحة: يترك لها قدر ما يستحل به مثلها، يقتضـى أن ذلـك قيمـة بضعهـا لمـن لا يستديم النكاح. وأما سائر الأقوال، فاستحسان، وبها كانت مقتضى الفتوى فى مسـألة سأل عنها فأجاب بذلك، والله أعلم.

مسألة: فإن لم يعلم بنكاحه حتى مات أحدهما، نظر فإن كان هو الذى مات، فقـد

قال ابن القاسم فى الموازية، ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وعبد العزيز بن أبى حازم: لا ميراث بينهما. قال ابن حبيب: ولا صداق. وروى أصبغ عن ابن القاسم: يتوارثان، ويمضى الصداق لها من ماله؛ لأن النظر قد فات بموته. وروى ابن المواز عن أصبغ: ترثه وينظر الولى، فإن رآه مما كان يجيزه فلها الصداق مع الميراث، وإن رآه مما لم يمكن يجيزه، فلها الميراث دون الصداق، إن كان لم يبن بها، وإن كان بنى بها فلها ربع دينار.

وجه القول الأول أنه عقد نكاح عقده محجور عليه بغير إذن وليه، فكان للولى النظر فيه بالرد أو الإجازة. أصله حال الحياة.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن النظر قد فات بموته. ومعنى ذلك أن النظر فى ماله إنما هو لحقه بوقت يختص بحال حياته، وأما بعد موته، فليس بوقت نظر له، ولذلك جازت وصيته، ولم تجز هبته حال حياته.

ووجه قول أصبغ أن النظر إنما يتعلق بالصداق خاصة. وأما الميراث فحكم من أحكام النكاح، والنكاح قد تم بينهما بالموت، وفات النظر فيه، وإذا ثبت ثبتت أحكامه، ومن جملتها الميراث، فقد يفسخ الصداق، ويثبت التواريخ فى النكاح الفاسد للصداق.

فرع: وإن مات الزوج بعد أن علم الولى، فإن مات بحدثان ذلك حلف الولى ما رضى ولا أجاز ويكون له حكم من لم يعلم، وإن طال ذلك بعد علمه، فلا كلام للولى معناه، ويثبت النكاح.

ووجه ذلك أن إمساك الولى عن فسخه بعد علمه، يقتضى الرضا به، ويوجب بقاءه على حكمه، فإذا مات بقرب علم الولى بذلك بمثل ما يكون له أن يقول أردت الارتياء أو لم يمكنى القيام مع عزمى عليه حلف أنه ما رضى ولا أمضى، وكان حكمه حكم من لم يعلم، وإن طالت المدة بعد علمه، وترك الاعتراض مع تمكنه منه حكم عليه بالرضا بذلك والإمضاء له.

مسألة: وإن ماتت هى، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم يتوارثان بالموت، وهذا يقتضى [أيهما مات ورثه يكن الآخر][1]. وروى ابن المواز عن أصبغ ينظر فيه، فإن كان غبطة جرى فيه الميراث والصداق، وإن يكن لم غبطة، فلا ميراث فيه ولا صداق.

---

(١) هكذا فى الأصل ويبدو المعنى غير واضحًا. المحقق.

قَالَ مَالِك فِى طَلاقِ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا وَهِىَ بِكْرٌ فَيَعْفُو أَبُوهَا عَنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لِزَوْجِهَا مِنْ أَبِيهَا فِيمَا وَضَعَ عَنْهُ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِى كِتَابِهِ: ﴿**إِلا أَنْ يَعْفُونَ**﴾، فَهُنَّ النِّسَاءُ اللاتِى قَدْ دُخِلَ بِهِنَّ ﴿**أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ**﴾ [البقرة: ٢٣٧] فَهُوَ الأَبُ فِى ابْنَتِهِ الْبِكْرِ وَالسَّيِّدُ فِى أَمَتِهِ.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا الَّذِى سَمِعْتُ فِى ذَلِكَ وَالَّذِى عَلَيْهِ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن عفو الأب عن نصف الصداق إذا طلقت ابنته البكر جائز، بلغت المحيض أو لم تبلغه، وبه قال ابن عباس والحسن وعكرمة وطاوس والزهرى وعلقمة والنخعى، وقاله الشافعى فى القديم، وقال فى الجديد: ليس ذلك للأب، وبه قال أبو حنيفة وغيره من أهل العراق.

والدليل على ما نقوله أن ما استدل به مالك، رحمه الله، من قوله تعالى: ﴿**إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى**﴾. قال شيوخنا: فوجه الدلالة من الآية أنه قال: ﴿**إلا أن يعفون**﴾ يريد النساء ﴿**أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح**﴾ الأب فى البكر ﴿**وأن تعفوا أقرب للتقوى**﴾ يريد الزوج.

فإن قيل لا نسلم أن الذى بيده عقدة النكاح هو الولى، بل هو الزوج، وهذا الاسم أولى به؛ لأنه أملك للعقد من الولى. فالجواب أن ما ذكرتموه غير صحيح، ولا نسلم أن الزوج أملك بالعقد من الأب فى ابنته البكر، بل أب البكر يملكه خاصة دون الزوج؛ لأن المعقود عليه هو بضع البكر، ولا يملك الزوج أن يعقد على ذلك بل الأب يملكه.

وجواب ثان أن وضع هذا الاسم على الولى؛ لأن هذا أبلغ صفاته من هذا العقد وجميع ماله منه، وأما الزوج والزوجة، فلهما فى هذا العقد اسم أخص من هذا الاسم، وهو الزوج والمعقود عليه والمعقود له، والولى عار من ذلك كله، وليس له بالعقد تعلق إلا أنه عاقده، ولو جاز أن يفهم عند إطلاق الذى بيده عقدة النكاح أن المراد به الزوج مع ما ذكرناه لجاز لأحد أن يقول إن المراد به الزوجة؛ لأن بيدها أن تمتنع من العقد، وأن تمضيه، وكان لآخر أن يقول: إن المراد بالولى الزوج؛ لأنه يلى نفسه، وهذا باطل باتفاق.

وجواب ثالث: وهو أننا إذا قلنا إن الذى بيده عقدة النكاح الولى استوعبت الآية

جهات الزوجية كلها دون تكرار لشيء منها، ولا إخلال بجهة من جهاتها، وإذا حمل الذى بيده عقدة النكاح على الزوج لم تتناول الآية الولى، وتكرر فيها ذكر الزوج، فكان ما قلناه اولى؛ لأن حمل الكلام على فائدة مجردة أولى من حمله على التكرار.

وجواب رابع، وهو أنه تعالى قال: ﴿**إلا أن يعفون**﴾ فأخبر عن الزوجات، ثم قال: ﴿**أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح**﴾ أخبره عن الأولياء، ثم قال: ﴿**وأن تعفوا أقرب للتقوى**﴾ فخاطب الأزواج الذين استفتح مواجهتهم، فقال تعالى: ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولم يواجه فى شيء من ذلك الزوجات ولا الأولياء، ولو حمل قوله: ﴿**أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح**﴾ على الأزواج لكان قد واجههم بالخطاب، ثم أخبر عنهم بما يخبر به عن الغائب، ثم قال: ﴿**وأن تعفوا أقرب للتقوى**﴾ فعاد إلى مواجهتهم بالخطاب، وهو وإن كان سائغًا، فعلى ضرب من التجوز والعدول عن الظاهر، وحمل الكلام على ظاهره أولى حتى يدل الدليل على العدول به عن ذلك.

فإن قيل لا نسلم أن الذى بيده عقدة النكاح الزوج، وإنما هى لتفضيل أحد العقدين على الآخر كما نقول عفو زيد حسن وعفو عمرو حسن وعفو زيد أحسن.

فالجواب أنه لو كان الأمر على ما قلتم؛ لقال: إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى، فيكون قوله: ﴿**وأن يعفوا**﴾ بالياء ونصب الواو راجعًا إلى قوله: ﴿**أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح**﴾ وعلى حكمه فى الخطاب عن الغائب.

وجواب ثان، وهو أن قوله تعالى: ﴿**وأن تعفوا أقرب للتقوى**﴾ إنما المراد به عندنا مجرد الندب؛ لأن التفضيل بينه وبين عقد الزوجات، وإن سلمنا ذلك، فليس يمنع ما قلناه، ويكون معنى الآية ﴿**إلا أن يعفون**﴾ يريد الزوجات أو يعفو الولى، وأن يعفو الزوج أقرب للتقوى، فيكون لكل نوع من العفو فضيلة، ولعفو الزوج مزية على ذلك.

واستدلال آخر من الآية، وهو أن قوله تعالى: ﴿**إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح**﴾ لابد أن يكون راجعًا إلى النصف الذى يثبت للزوج بقوله تعالى: ﴿**فنصف ما فرضتم**﴾ أو إلى النصف الذى للزوج، ولم يجز له فى الآية ذكر، فحمله عليه عدول عن الظاهر، ولا يجوز إلا بدليل.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ولى يملك الإجبار على النكاح، فجاز أن يملك

إسقاط نصف المهر قبل البناء كالسيد فى أمته. قال عيسى بن دينار: يجوز ذلك على البنت ولا ترجع بشىء منه على ابنها.

قَالَ مَالِك فِي الْيَهُودِيَّةِ أَوِ النَّصْرَانِيَّةِ تَحْتَ الْيَهُودِيِّ أَوِ النَّصْرَانِيِّ فَتُسْلِمُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا: إِنَّهُ لا صَدَاقَ لَهَا.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن الكتابية إذا أسلمت تحت الكتابى، فلا يخلو أن تسلم قبل البناء أو بعده، فإن أسلمت قبل البناء، فلا يخلو أن تسلم قبل قبض المهر أو بعده، فإن أسلمت قبل البناء والقبض، فلا شىء لها من المهر؛ لأن الفرقة من قبلها تتيقن كما لو أعتقت الأمة تحت العبد قبل البناء أو وجدت الزوجة بالزوج عيبًا، فاختارت فراقه قبل البناء، وكذلك كل موضع يتيقن فيه عذر الزوج.

فأما الإعسار بالنفقة، فلها نصف المهر؛ لأنه لا يتيقن عسره، وكذلك المعترض عن امرأته لأنها لا تتيقن حاله، ولعله يمتنع من الوطء إضرارًا بها.

مسألة: فإن أسلمت قبل البناء وبعد قبض المهر، فلا يخلو أن يكون المهر مما يحل للمسلم تملكه أو مما يحل له تملكه، فإن كان يحل له تملكه كالدنانير والدراهم والحيوان والثياب وأنواع الطعام، ردت ذلك كله إلى الزوج.

ووجه ذلك أنها فرقة قبل البناء من جهة الزوجة، فلم يكن لها شىء من المهر كما لم تقبضه.

مسألة: فإن كان المهر مما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير، لم يكن للزوج عليها شىء مما قبضته، لا نصف ولا غيره، وذلك ساقط عنها لأن المسلم يملك ذلك، ولا يقوم عليه، قاله ابن حبيب، وهذا مطرد على قول من يقول من أصحابنا: إن من أتلف خمرًا أو خنزيرًا لذمى أنه لا قيمة له عليه.

وأما على قول من يقول: إن عليه القيمة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: أن له عليها قيمة ذلك كله، ولو أن نصرانيًا ابتاع من نصرانى خمرًا أو خنزيرًا، ثم أسلم المبتاع قبل دفع الثمن لم يسقط عنه الثمن عندى.

مسألة: فإن أسلمت بعد البناء، وقبل القبض، وكان المهر مما يحل تملكه، فلها مطالبته به وأخذه منه، وإن كان مما لا يحل لها تملكه كالخمر والخنزير، فلا شىء لها من المهر وهى مصيبة حلت.

ووجه ذلك أنها لا يحل لها تملك شيء من الخمر والخنزير، فلا يقضى لها به ولا يقضى لها عليه بغير ذلك لأنه لم يسبح بضعها إلا به.

قَالَ مَالِك: لا أَرَى أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ بِأَقَلَّ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ، وَذَلِكَ أَدْنَى مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ.

الشرح: وهذا كما قال لأنه لا يجوز أن تنكح امرأة بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو عرض قيمته ذلك، وهو المقدار الذى يجب فيه القطع فى السرقة، ولا خلاف أن أكثر المهر لا يتقدر، ذكره القاضى أبو محمد. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا أحب الإغراق فى كثير من المهر. قال القاضى أبو محمد: وأما أقل المهر، فإنه يتقدر، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: لا يتقدر ويجوز عقده بالحبة والحبتين، والشىء الطفيف.

والدليل على ما نقوله أن هذا سبب لاستباحة العضو بمال، فيجب أن يكون مقدرًا كالسرقة.

ودليل ثان أن ما قصر عن ربع دينار لا يصح أن يكون مهرًا. أصل ذلك ما لا يصح أن يكون ثمنًا كقشرة البيضة، وفلقة الحبة.

واستدلال فى المسألة، وهو أن المقادير تؤثر فى العقود ما لا تؤثر الصفات، ولذلك قلنا إن الزيادة فى المقدار تمنع بذل ما يجرى فيه الربا من العين وغيره بعضه ببعض، ولا يمنع ذلك الزيادة فى الصفات ثم ثبت وتقرر أن النقص فى الصفات مؤثر فى صحة المهر، فلا يجوز بالقرون والجرار المكسورة لنقصان صفاتها، فبأن يؤثر نقص المقدار فى ذلك أولى وأحرى.

فرع: إذا ثبت أن أقل المهر يتقدر، فإن أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم، وأجاز ابن وهب من رواية ابن حبيب النكاح بدرهم. وروى عن ربيعة: جوازه بنصف درهم. وقال ابن شبرمة: أقل ذلك خمسة خمسون درهما.

ودليلنا أن هذه المسألة مبنية عندنا على أن يد السارق تقطع بربع دينار، فإن لم يسلم لنا ذلك نقلنا الكلام إلى القطع فى السرقة، وإن سلم لنا قسنا عليه بأنه عضو مستباح بمال، فوجب أن يتقدر بما أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن تزوج بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم، فإنه يخير قبل البناء بين إتمام الثلاثة دراهم أو الفسخ، قال ذلك جماعة من أصحابنا. قال سحنون: وقد

قال بعض الرواة: يفسخ وإن أتم ثلاثة دراهم. فإذا قلنا بالرواية الأولى، فإن أتم المهر، فهو على نكاحه، وإن أبى من ذلك فسخ النكاح بينهما بتطليقة، وكان لها نصف الدرهمين، قاله ابن المواز وجماعة من أصحابنا. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا شيء لها.

وجه قولنا: لها نصف الدرهمين، أنه صداق اختلف أصحابنا في صحته، فلذلك حكم لها بنصفه.

ووجه القول الثاني، وعليه جماعة من المتأخرين: أن هذا مهر فسخ النكاح لعدم صحته، فإذا فسخ قبل الدخول لم يجب نصفه. أصل من ذلك إذا كان الفساد في جنسه.

مسألة: وإن بنى بها لزم النكاح، قال ابن الماجشون: ويلزمه مهر المثل. وقال ابن القاسم وأشهب: ويتم لها ثلاثة دراهم.

وجه قول ابن الماجشون أن الفساد في المهر، فإذا فات فسخ النكاح بالبناء، لزم الزوج مهر المثل.

ووجه قول ابن القاسم أن جنس المهر صحيح، وإنما دخل الفساد في مقداره، فوجب تصحيحه في المقدار لا في الجنس، وقد رضيت بما دون الربع دينار من ذلك الجنس، فإذا بلغت ربع دينار، فلا زيادة لها عليه، ألا ترى لو تزوجت بدينار نقدًا، ودينار مؤجل إلى موت أو فراق، وكان مهر مثلها ألف دينار، ففات المهر بالبناء أنها لا تزاد عند ابن القاسم على الدينارين.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الفساد يدخل في المهر من جهتين، إحداهما من جهة العدد، وقد تقدم ذكره، والثانية من جهة الجنس.

وفي ذلك بابان، الباب الأول: فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس. والباب الثاني: في حكم النكاح المنعقد على ذلك.

* * *

الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس

المهر على ضربين، منافع وأعيان، وقد تقدم الكلام في حكم المنافع، والكلام هاهنا في حكم الأعيان، وذلك أن الأعيان على ضربين، ضرب يجوز تملكه كالدنانير

والدراهم والحيوان والعروض، وضرب لا يجوز تملكه كالخمر والخنزير والأحرار من بنى آدم.

فأما ما يجوز تملكه، فإنه على قسمين، معين وغير معين. فأما المعين، فإنه يجوز عقد النكاح به ما لم يمنع من ذلك عذر غالب، وذلك على وجهين، حاضر وغائب. فأما الحاضر، فيجوز النكاح به كالنكاح بالدنانير والدراهم والعقار والحيوان والعروض والمكيل والموزون من الطعام وغيره، جزافًا أو غير جزاف؛ لأنه عقد معاوضة.

وأما ما يكون فيه عذر غالب كالثمرة التى لم يبد صلاحها على التبقية أو الجنين فى بطن أمه، فإن القاضى أبا محمد، قال: لا خلاف فى منع العقد به لأنه غرر ولا يجوز عقد النكاح بمعين لا يملكه الناكح كدار زيد وعبد عمرو، رواه ابن المواز عن القاسم.

مسألة: فإن كانت الأعيان غائبة كالعبد الغائب على مسيرة شهر، فقد روى محمد عن ابن القاسم: لا بأس به إلا أن يكون بعيدًا جدًا كخراسان والأندلس، فأكرهه لانقطاع خبره. وقال ابن حبيب عن مالك: مثل إفريقية من المدينة، فلا خير فيه، فإن كان قريب الغيبة مما لا يجوز النقد فيه كاليومين والثلاثة، جاز دخول الناكح قبل قبضه، وإن كان بعيد الغيبة لم يجز ذلك، فإن قدم ربع دينار، وإن سماه مع العبد، رواه محمد عن ابن القاسم. وقال ابن حبيب: إن كانت غيبته على مثل الشهر والعشرة أيام، جاز للناكح البناء قبل القبض بخلاف البيع، ويستحب له أن يعجل ربع دينار، ولا يكون العبد المعين الغائب والأرض الغائبة إلا موصوفة قربت الغيبة، أو بعدت، ولو كان فى المنزل، رواه ابن المواز لأنه إذا عدمت الرؤية والصفة كان مجهولاً.

فصل: وأما ما لا يجوز تملكه، فعلى ثلاثة أضرب: ضرب لا يستدام ملكه، وضرب لا يملك جملة، وضرب ثالث يمنع من تملكه حق الغير. فأما ما لا يستدام تملكه، فمثل أن يصدقها أباها، ومن يعتق عليها من ابن أو أخ، فقد روى فى المختصر ابن عبد الحكم عن مالك أن ذلك جائز؛ لأنها تملكه بالعقد، وكل ما جاز أن يكون عوضًا فى البيع، فإنه يكون عوضًا فى النكاح.

قال ابن عبد الحكم عن مالك: ويعتق عليها. قال الشيخ أبو بكر: سواء كانت موسرة أو معسرة؛ لأنه لما أصدقها من يعتق عليها، فقد أذن لها فى ذلك. قال ابن حبيب عن أشهب وأصبغ: وكذلك لو أمهرها عبدًا يكون لغيرها لا صداق لها غير ذلك، فإنه جائز كما يجوز فى البيع، ولو تزوجها على أن يعتق أباها أو أحدا ممن يعتق

عليها، وهو فى ملكه، فقد قال ابن الماجشون: النكاح مفسوخ؛ لأنها لا تملك منه شيئًا.

مسألة: فإن تزوجها بما لا يصح أن تمَاكه كالخمر والخنزير والحر، فقد قال القاضى أبو محمد: العقد غير صحيح. وقال أبو حنيفة والشافعى: العقد صحيح.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «من أحدث فى أمرنا ما ليس منه، فهو رد»(٢).

ومن جهة القياس أن هذا معنى لا يصح أن يكون مهرا لحق اللـه، فوجب أن يكون المهر فاسدًا كالبضع فى نكاح الشغار، وإذا تزوجها بحر، فقد روى العتبى عن أصبغ: يفسخ النكاح إذا عرفا حريته، وإن جهل ذلك أحدهما لم يفسخ. وروى عن سحنون ما ظاهره أنه يفسخ، وإن لم تعلم ذلك المرأة.

مسألة: وأما ما يصلح أن تملكه، ويمنع منه حق الغير كالدار المغصوبة، فإن كان مما له فيه شبهة كالابن الصغير فى ولايته، فإن ابن حبيب قال: لم يختلف أصحابنا إذا كان الأب موسرًا يوم الإمهار، فذلك جائز للزوجة.

ووجه ذلك ما رواه ابن المواز عن مالك أنه قال: وذلك مثل ما لو اشتراه لنفسه منه. قال مالك: سواء بنى بها أو لم يبن، قرب ذلك أو بعد، علمت به المرأة أو لم تعلم، عرضًا كان أو رقيقًا أو غيره، ويتبع الابن الأب بقيمة ما له فيما حكمنا بقيمته أو بمثله فيما له مثل.

فإن كان الأب معسرًا، فروى ابن المواز عن مالك: هو للمرأة، ورواه ابن حبيب عن ابن القاسم وأصبغ. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا شىء فيه للمرأة.

وجه القول الأول أنه عاوض بمال ابنه الذى يليه فيه، فوجب أن يجوز عليه فى عدم الأب وغناه كما لو باعه.

ووجه قول ابن الماجشون أنه أراد استهلاك مال ابنه، ولا مال له، فوجب أن يمنع منه كما لو وهبه لأجنبى.

فرع: فإذا قلنا إنه للابن، فقد قال ابن الماجشون: إنه له، وإن بنى أبوه بالمرأة. وقال مطرف: إنما ذلك له، ما لم يبن بها، فإن بنى بها فهو للمرأة.

وجه قول ابن الماجشون أنه أخذ مال ابنه بغير عوض يصير إليه، فلم يكن ذلك لمن صيره الله كما لو وهبه لأجنبى.

---

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٩٧. مسلم حديث رقم ١٧١٨. أبو داود حديث رقم ٤٦٠٦. ابن ماجه حديث رقم ١٤. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٥٠٢.

ووجه قول مطرف أن المعاوضة فيه قد تمت لاستيفائه البضع بخلاف الهبة. قال ابن حبيب: وهذا ما لم يتقدم الإمام إلى الأب فى أن لا يتزوج بمال ابنه، فإن تقدم إليه فى ذلك لم يجز منه لشىء، والابن أحق به من المرأة فى عدم الأب، بنى أو لم يبن، وهذا مما لا يختلف فيه.

ووجه ذلك أن تقدم الإمام حكم يمنع منه، وبالله التوفيق. قال محمد عن ابن القاسم: وإن كان الولد ممن لا ولاية عليه كالكبير أو ولد الولد، فإنه ينتزع من المرأة، إن وجد، فإن لم يوجد، فلا شىء لهم عليها إلا أن يكون ثوبًا لبسته أو طعامًا أكلته. قال عيسى عن ابن القاسم: سواء علمت أو لم تعلم.

ووجه ذلك أنه بمنزلة من ابتاع من غاصب، فلا ضمان عليه، إلا أن يكون استهلك ما ابتاع.

مسألة: وإن لم يكن فيه شبهة ملك مثل أن يكون عبدًا سرقه أو غصبه، فقد روى العتبى عن سحنون أن النكاح ثابت إن لم تعلم بذلك الزوجة، وإن علمت بذلك، فسخ قبل البناء ويثبت بعده.

فصل: فأما الأعيان التى ليست بمعينة، وإنما ثبتت فى الذمة، فإن كانت مما يجوز أن يكون عوضًا فى البيع منه يجوز أن يكون عوضًا فى النكاح، وقد يختلفان فى معنى الحلول والتأجيل، فجوز أن يتزوج بعبد فى ذمته غير موصوف، ولها الوسط من ذلك، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: لا يجوز إلا أن يكون موصوفا.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم**﴾ [النساء: ٢٤].

ودليلنا من جهة المعنى، اتفاقهم على جواز النكاح بمهر المثل، وفيه من الغرر أكثر لما جوزناه مع إسناده إلى المعروف من عبيد ذلك البلد القيمة الوسطى يوم العقد، رواه ابن المواز عن ابن القاسم، ويكون له مع عدم الجنس غالب رقيق البلد من السودان أو الحمران، فإن استووا، فلها نصفهم من الحمران، ونصفهم من السودان، قاله سحنون فى العتبية، وعليه الإناث إن لم يذكر ذكورًا ولا إناثًا. قال مالك فى العتبية: عليه الإناث؛ لأنه عرف الناس، وإن تجهزها بجهاز بيت، جاز ذلك، ولها الوسط من جهاز مثلها من أهل الحاضرة، إن كانت حضرية، أو من أهل البادية، إن كانت بدوية، رواه ابن القاسم عن مالك.

* * *

الباب الثانى فى حكم النكاح المنعقد على ذلك

إذا وقع الفساد فى النكاح لفساد المهر، فقد قال القاضى أبـو محمـد: لا خـلاف فـى منعه ابتداء، فـإن وقـع، ففيـه روايتـان، إحداهمـا أنـه يفسـخ العقـد قبـل البنـاء وبعـده، والأخـرى يفسـخ قبـل البنـاء، ويثبـت بعـده، ويجـب صـداق المثـل خلافًـا لأبـى حنيفـة والشافعى فى قولهما إن النكاح صحيح ولا يفسد بفساد المهر ويجب فيه مهر المثل.

فإذا قلنا إن العقد فاسد، فوجهه قوله تعالى: ﴿**وأحل لكـم مـا وراء ذلكـم أن تبتغـوا بأموالكم**﴾ [النساء: ٢٤] فعلق الإحلال بشرط أن نبتغى بأموالنا، والخمر والخنزير ليـس بمال لنا، وهذا عندى على القول بدليل الخطاب.

ومن جهة المعنى أن هذا عقد معاوضة، فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع.

ووجه آخر أنه أحد العوضين فى النكاح، فوجب أن يفسد النكاح بتحريمه كتحريـم البضع.

ووجه التصحيح أن عقد النكاح مقصوده المكارمة والمواصلة، فلذلـك يفسـد بفسـاد الثمن، ولذلك جاز عقد النكاح من غير تسمية المهر، ولا يجوز ذلك فى البيع.

فرع: هذا الذى ذكـره القـاضى أبـو محمـد بلفـظ الصحـة والفسـاد، ثـم قـال: وقـد اختلف أصحابنا فى تأويل قول مالك يفسـخ قبـل الدخـول، ويثبـت بعـده، فمنهـم مـن حمله على الإيجاب تغليظًا وعقوبة، ومنهم من حمله على الاسـتحباب احتياطًـا وخروجًـا من الخلاف، فإن وقع الدخول لم يفســد؛ لأن الصـداق قـد وجـب، فـلا يوجـد المعنـى الذى لأجله فسخ قبل الدخول.

ومعنى قوله: «**يفسخ قبـل الدخـول ردعًـا**» يريـد أنـه يكـون الرجـوع بمـا يـلزم مـن الطلقة، فإن تزوجها بعد ذلك رجعت إليه على طلقتين.

وقوله فى وجـه الاستحباب: «**إنـه إذا وقـع الدخـول وجـب الصـداق**» علـى وجـه الصحة، فلم يفسخ يطرد على قول من قال: إن الفسخ قبل البناء واجـب بفسـاد المهـر، فلما انتقل بالبناء إلى مهر المثل صح، وعرا النكاح عن فساد المهر.

قال القاضى أبو الوليد، رضـى اللـه عنـه: والـذى عنـدى أن الفسـخ واجـب، وهـو ظاهر قول المتقدمين مـن أصحـاب مـالك، وإنمـا ذهـب إلى الاسـتحباب المتـأخرون مـن أصحابنا ألزمهم المخالف أن العقد إن كـان انعقـدِ علـى الفسـاد، فـلا يخـرج عـن ذلـك

بالبناء، وما قاله المتقدمون جاز على قولهم فى البيع الفاسد لفساد العوض: يفسخ قبل الفوات، ولا يفسد بعد الفوات، وما قاله غير لازم، وقد بينته فى كتاب السراج بما يغنى الناظر فيه، إن شاء الله.

* * *

إرخاء الستور

١٠٩٠ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَضَى فِى الْمَرْأَةِ إِذَا تَزَوَّجَهَا الرَّجُلُ أَنَّهُ إِذَا أُرْخِيَتِ السُّتُورُ، فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ.

١٠٩١ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ كَانَ يَقُولُ: إِذَا دَخَلَ الرَّجُلُ بِامْرَأَتِهِ، فَأُرْخِيَتْ عَلَيهِمَا السُّتُور، فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق**» يريد إذا خلا الرجل بامرأته وانفرد انفرادًا بينًا، فقد وجب إكمال الصداق على الزوج. وظاهر هذا اللفظ يقتضى أن بالخلوة يجب على الزوج إكمال الصداق، وإن لم يكن المسيس غير أن معناه عند مالك فيما روى محمد عن ابن وهب أنه أريد بالحديث إذا أرخيت الستور الخلوة، وأريد بقوله: «فقد وجب الصداق» إذا ادعت المرأة المسيس، بمعنى أن الخلوة شهادة لها جارية أن الرجل متى خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها والتشوف إليها، فإنه قلما يفارقها قبل الوصول إليها، فهذا الذى أراد بقوله: «فقد وجب الصداق، ولم يرد أن الصداق يجب بنفس الخلوة، وإن عرا من المسيس، قال: وقد أحكم كتاب الله هذا فى قوله تعالى: ﴿**وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم**﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وقاله أصبغ وابن حبيب، وبهذا قال من الصحابة ابن عباس.

١٠٩٠ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٢٦٦/٧. عبد الرزاق فى المصنف ٢٨٥/٦. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٤٣٧٥/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧٣. المحلى ٤٨٣/٩.

١٠٩١ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٢٥٦/٧. ومعرفة السنن والآثار ١٤٣٧٧/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧٤

وزاد القاضى أبو الحسن: وابن مسعود وطاوس، وبه قال الشافعى فى الجديد، وهو قول ابن سيرين. وقال أبو حنيفة: يكمل الصداق بنفس الخلوة. قال القاضى أبو الحسن: وبه قال من الصحابة عمر وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل، ومن التابعين الزهرى وعروة بن الزبير وعطاء بن أبى رباح. وأما على قول عمر وزيد، فقد بينا تأويل مالك لهما، ويجوز أن يكون قول على يحتمل مثل ذلك من التأويل، والله أعلم.

والدليل على ما ذهب إليه مالك ما احتج به من قوله تعالى: ﴿**وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم**﴾ وهذا قد طلق قبل المسيس.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه خلوة عريت عن المتعة، فلا يجب بها كمال الصداق. أصله إذا كان بمحضر الحكم أو كان الزوج محرمًا أو صائمًا.

١٠٩٢ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا دَخَلَ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ فِى بَيْتِهَا صُدِّقَ الرَّجُلُ عَلَيْهَا، وَإِذَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ فِى بَيْتِهِ، صُدِّقَتْ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِك: أَرَى ذَلِكَ فِى الْمَسِيسِ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهَا فِى بَيْتِهَا، فَقَالَتْ: قَدْ مَسَّنِى وَقَالَ: لَمْ أَمَسَّهَا، صَدَقَ عَلَيْهَا، فَإِنْ دَخَلَتْ عَلَيْهِ فِى بَيْتِهِ، فَقَالَ: لَمْ أَمَسَهَا، وَقَالَتْ قَدْ مَسَّنِى، صَدَقَتْ عَلَيْهِ.

الشرح: قول سعيد بن المسيب رضى الله عنه هذا خلاف لما تأوله أصحابنا على عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وذلك أنهم حملوا قول عمر على أن بالخلوة حيث كانت، يكون القول قول الزوجة فى دعوى المسيس، وإن أنكره الزوج، وحملوا قول سعيد بن المسيب هذا على أن الخلوة على سبيل الالتذاذ بالزوجة والقبل دون البناء.

فقال: إن كانت هذه الخلوة فى منزل الزوجة، فالقول قول الزوج فى إنكار المسيس، وإن كان فى منزل الزوج، فالقول قول الزوجة فى دعوى المسيس، لما قدمناه من انبساط الزوج، وقلة هيبته فى منزله، وما جبل عليه الناس من الانقباض والهيبة والحياء فى المنزل الذى يزور فيه.

١٠٩٢ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦/١٢٦.

فأما خلوة السفلاء، فحيث كانت أوجبت تصديق الزوجة، وقد قال مالك بكلا القولين. وقد روى ابن وهب عن مالك أنه قال: حيث أخذ الغلق الزوجين، فى أهله أو فى أهلها، فالقول قول المرأة، إن ادعت المسيس، وبه أخذ ابن وهب.

مسألة: فإن أقر بالخلوة أو قامت بها بينة، فحكمه ما قلناه، وإن لم تكن بينة، ولا إقرار، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: إن اليمين على الزوج فى دعوى المسيس عليه إن أنكر الخلوة، وادعت ذلك الزوجة، قال: وقد كان ابن القاسم يقول: إذا ادعت المسيس فى أهلها، وقد عرف اختلافه إليها أو لم يعرف، لزمه اليمين فى الأمرين، فإن حلف برئ، وإن نكل غرم جميع الصداق.

ووجه ذلك أن الأصل فى استصحاب حال الفعل عدم ما يشهد لها، ويجعل قولها الأظهر، فالقول قوله، فإن حلف برئ، وهذه فائدة يمينه، وإن نكل، فعليه الصداق، ولم يذكر أن اليمين ترد على المرأة.

فرع: وهذا إذا كانت ثيبًا ودعا الزوج إلى أن ينظر إليها، ففى كتاب محمد عن مالك: هى مصدقة، ولا ينظر إليها. وقد قال القاضى أبو محمد فى التى تنكر الوطء، والزوج يدعيه: أن من أصحابنا من قال فى البكر ينظر إليها، ويحتمل أن يكون هاهنا مثله.

فرع: وسواء كانت الزوجة فى حال يحل وطؤها أو لا يحل كالصائمة فى رمضان والمحرمة والحائض، رواه محمد عن ابن القاسم، فإن كانت الخلوة فى نكاح فاسد، فقد روى محمد عن مالك أنه قال: إذا كان النكاح مما يفسخ، ولا يقر عليه بحال أن القول فى ذلك كله قول المرأة إذا أرخيت الستور.

ووجه ذلك أن هذا معنى يجب به إكمال المهر مع خلوة الزوج فى النكاح الصحيح، فوجب أن يكمل فى النكاح الفاسد كالإقرار بالوطء.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الموجب عندنا فى كمال الصداق بالبناء هو الوطء بمغيب الحشفة، وإن لم يكن غير ذلك، هذا قول جماعة شيوخنا.

ووجه ذلك أن الأحكام إنما تتعلق بمغيب الحشفة من وجوب الغسل، ووجوب الحد وإحلال المطلقة وإفساد الحج والصوم، وغير ذلك من الأحكام. فأما الخلوة والتلذذ، فلا تتعلق به الأحكام، فلا اعتبار بها.

فرع: وهذا إذا كان التلذذ فى الخلوة أو المدة اليسيرة بعد البناء، فأما إذا قام معها

المدة الطويلة كالعام ونحوه، فقد حكى القاضى أبو الحسن: أن لها جميع المهر. ومن أصحابنا من قال: لها نصف المهر. قال القاضى أبو الحسن: وهذه الرواية المعول عليها.

ووجه قولنا أن لها جميع المهر إتمام المهر عوضًا من طول تلذذه بها وتغييره لجهازها. ووجه قولنا: لها نصف المهر، أنه نكاح عرى عن المسيس، فلم يجب فيه بالطلاق غير نصف المهر. أصله إذا طلق قبل البناء.

* * *

المقام عند الأيم والبكر

١٠٩٣ – مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ الْمَخْزُومِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حِينَ تَزَوَّجَ أُمَّ سَلَمَةَ، وَأَصْبَحَتْ عِنْدَهُ، قَالَ لَهَا: «لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ، إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ، وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ» فَقَالَتْ: ثَلِّثْ[1] .

١٠٩٣ – أخرجه مسلم فى الرضاع ٢٦٥٠. وأبو داود فى النكاح ١٨١٢. وابن ماجه فى النكاح ١٩٠٧. والدارمى فى النكاح ٢١١٣.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٧٨/٧: هذا حديث ظاهره الانقطاع، وهو متصل مسند، صحيح قد سمعه أبو بكر من أم سلمة.

أخبرنا عبدالله بن محمد بن عبدالمؤمن، أخبرنا أبو بكر أحمد بن جعفر بن حمدان بن مالك ببغداد، حدثنا عبدالله بن أحمد بن حنبل، حدثنى أبى، أخبرنا عبدالرزاق، ويحيى ابن سعيد الأموى، وروح بن عبادة قالوا: حدثنا ابن جريج. أخبرنا حبيب بن أبى ثابت، أن عبدالحميد بن عبدالله ابن أبى عمرو، والقاسم بن محمد بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام أخبراه أنهما سمعا أبا بكر ابن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام أن أم سلمة زوج النبى ﷺ أخبرته فى حديث طويل ذكروه: أن رسول الله ﷺ قال: «إن شئت سبعت لك، وإن أسبع لك، أسبع لنسائى». وقد روى هذا الحديث من وجه آخر متصل أيضًا.

حدثنا عبدالله بن محمد، حدثنا محمد بن بكر، حدثنا أبو داود، حدثنا موسى بن إسماعيل، وأخبرنا قاسم بن محمد، حدثنا خالد بن سعد، حدثنا أحمد بن عمرو بن منصور، حدثنا محمد بن سنجر، حدثنا عبيد الله بن عائشة، وأخبرنا عبدالله بن عبدالمؤمن، حدثنا أحمد بن جعفر بن حمدان، حدثنا عبدالله بن أحمد بن حنبل، حدثنى أبى، حدثنا عفان، قالوا: حدثنا حماد بن سلمة، أخبرنا ثابت، حدثنى ابن عمر بن أبى سلمة بمنى، عن أبيه، عن أم سلمة فى حديث طويل،=

الشرح: قوله: **«أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة وأصبحت عنده»** يقتضى أنه قال لها ذلك فى أول يوم أصبحت فيه عنده، وقد روى أنه قال لها ذلك بعد انقضاء الثلاثة أيام.

رواه مسلم من حديث عبد الملك بن أبى بكر عن أبيه «أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة، فدخل عليها، فأراد أن يخرج أخذت بثوبه، فقال رسول الله: إن شئت زدتك، وحاسبتك به، البكر سبع والثيب ثلاث»[*] ويحتمل أن يكون قال لها ذلك ﷺ أول يوم، فاختارك الثلاثة، ثم قال ذلك بعد انقضاء الأيام حين تعلقت بثوبه؛ إعادة للتحيير.

فصل: وقوله ﷺ: **«ليس بك على أهلك هوان»**[(١)] يريد أنها ليست بهينة عليه، بل يريد إكرامها وموافقة إرادتها فى المقام عندها، وأنه إن أقام عندها ثلاثة أيام مع أن المقام عند البكر سبع، فليس لهوانها عليه، وإنما ذلك؛ لأن حق سائر الزوجات متعلق بالمقام عندها.

=ذكره فى نكاح رسول الله ﷺ أم سلمة، وفيه: فلما بنى بأهله، قال لها: «إن شئت أن أسبع لك سبعت للنساء».

وهذا لفظ حديث أحمد بن حنبل، عن عفان، قال: وحدثنا جعفر بن سليمان، عن ثابت، حدثنى عمر بن أبى سلمة، قال: وقال سليمان بن المغيرة: عن ابن عمر بن أبى سلمة.

قال أبو عمر: قول جعفر بن سليمان فى هذا الحديث، عن ثابت: حدثنى عمر بن أبى سلمة، خطأ، وإنما هو لثابت، عن ابن عمر بن أبى سلمة - كما قال حماد بن سلمة، وسليمان بن المغيرة.

وأخبرنا عبدالله بن محمد، أخبرنا أحمد بن جعفر، حدثنا عبدالله بن أحمد بن حنبل، حدثنا أبى، حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان، حدثنى محمد بن أبى بكر، عن عبدالملك ابن أبى بكر بن عبدالرحمن، عن أبيه، عن أم سلمة، أن رسول الله ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام، وقال: «إنه ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت لك، وإن سبعت لك سبعت لنسائى».

قال أبو عمر: أما قوله فى هذا الحديث: «إن سبعت لك، سبعت لنسائى»، فإنه لا يقول به مالك ولا أصحابه، وهذا مما تركوه من رواية أهل المدينة لحديث بصرى، رواه مالك، عن حميد الطويل، عن أنس بن مالك، قال: للبكر سبع، وللثيب ثلاث. قال مالك: وذلك الأمر عندنا، ولا يحسب على التى تزوج ما أقام عندها.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٦٠. أبو داود حديث رقم ٢١٢٢. ابن ماجه حديث رقم ١٩١٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٩٦٥. الدارمى حديث رقم ٢٢١٠.

(١) قال النووى: معناه لا يلحقك هوان ولا يضيع من حقك شىء تأخذينه كاملاً.

فإن سبع عندها وزاد على المقام عند الثيب، فلابد أن يقتضى سائر نسائه من المدة مثل ذلك، ويسقط حكم الثلاث عند الثيب، لأنه وإن كان الحق لها فى مقام ثلاثة أيام، فليس لها أن تتصل بما بعدها، فيسقط لذلك حكم الثلاث، ويبقى مجرد التسبيع تضمنًا لإرادة أم سلمة رضى الله عنهما، فلابد من مثل ذلك عند غيرها من أزواج النبى ﷺ وإن اقتصرت على الحق الواجب لها من التثليث، لم يقض سائر الأزواج شيئًا، واستأنف القسمة.

وهذا يقتضى أن المقام عند الثيب حق لا يقتضى به سائر الزوجات مقامًا، ولا لهن فيه اعتراض لتعليقه ذلك بمشيئة أم سلمة دون مشيئتهن.

وقد اختلف أصحابنا فى ذلك، هل هو حق للزوج أم الزوجة؟ قال القاضى أبو محمد: فى ذلك روايتان، قال: وفائدة الخلاف أنه إذا كان حقًا له، جاز له فعله وتركه، وإذا كان حقًا للزوجة، لم يكن له تركه إلا باذنها.

فوجه القول بأنه حق للزوج، قوله فى حديث أم سلمة: «ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت عندك وإن شئت ثلثت ودرت» فأخبر بأن ذلك على وجه الإكرام، فالظاهر أنه ليس من حقوقها لأن الإكرام، لا يستعمل فى إيتاء الحقوق، وإنما يستعمل فى إعطاء ما ليس بحق للمكروم، ولو كان من حقوقها لقال: ليس بنا منع حقك.

ووجه قولنا بأنه من حقوق الزوجة قوله فى حديث أنس: «للبكر سبع وللثيب ثلاث»[2] وقد أسنده ابن وهب فى غير الموطأ.

ومن جهة المعنى أن الغرض تأنيس المرأة وبسطها وإذهاب ما يلحقها من الانقباض والخجل، وهذا من حقوقها، وقد حكى القاضى أبو الحسن أنه حق لهما جميعًا، وهو قول صحيح عندى.

فرع: فإن قلنا إنه حق للزوجة، فهل يقضى به على الزوج أم لا؟ قال أصبغ فى الموازية: هو حق عليه ولا يقضى به عليه كالمتعة. وفى النوادر عن محمد بن عبد الحكم: يقضى به عليه.

فوجه القول الأول أنه حق للزوجة سببه المكارمة، فلم يقض به على الزوج

---

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٢١٣، ٥٢١٤. مسلم حديث رقم ١٤٦١. أبو داود حديث رقم ٢١٢٤.

كالإمتاع. ووجه القول الثانى أنه حق للزوجة من المقام عندها، فوجب أن يقضى به على الزوج كالقسم بين الزوجات.

فرع: وهل يكون ذلك للزوجة إذا لم يكن عنده غيرها؟ روى أبو الفرج عن ابن عبد الحكم أن ذلك على الزوج، وإن لم يكن له نساء غيرها. وقال ابن حبيب: لا يلزمه المقام عندها إذا لم يكن له غيرها.

وجه القول الأول أن طريق ذلك التأنيس وحاجتها إلى ذلك إذا لم يكن له غيرها كحاجتها إذا كان له غيرها. ووجه القول الثانى أن هذا مقام عند الزوجة، فلا يلزم من ليس له غيرها كالقسم.

فصل: وقوله: «**إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن**» يريد التخيير لها فى ذلك. قال القاضى أبو الحسن: إن اختارت التسبيع، قضى سائر نسائه، سبعًا سبعًا. وقال ابن المواز عن مالك: لا يخيرها فى ذلك، وقد مضت السنة بأن يقيم عندها ثلاثًا.

وجه القول الأول التعنى بظاهرالحديث. ووجه القول الثانى التعلق بما يثبت من الفعل، فصار ذلك حكمًا على جميع الزوجات، والله أعلم.

١٠٩٤ – مَالِك عَنْ حُمَيْدٍ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لِلْبِكْرِ سَبْعٌ وَلِلثَّيِّبِ ثَلاثٌ[(١)] .

١٠٩٤ – أخرجه البخارى فى النكاح ٤٨١٢. ومسلم فى الرضاع ٢٦٥٥. والترمذى فى النكاح ١٠٥٨. وأبو داود فى النكاح ١٨١٣، ١٨١٤. وأحمد فى ١١٥٠٥. والدارمى فى الأشربة ٢٠٢٠.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٧٩/٧: اختلف الفقهاء فى هذا الباب، فقال مالك، والشافعى وأصحابهما، والطبرى: يقيم عند البكر سبعًا، وعند الثيب ثلاثًا، فإن كانت له امرأة أخرى غير التى تزوج، فإنه يقسم بينهما بعد أن تمضى أيام التى تزوج، وقال ابن القاسم عند مالك: مقامه عند البكر سبعًا، وعند الثيب ثلاثًا، إذا كان له امرأة أخرى، واجب، وقال ابن عبدالحكم، عن مالك: إنما ذلك مستحب وليس بواجب، وقال الأوزاعى: مضت السنة أن يجلس فى بيت البكر سبعًا وعند الثيب أربعًا، وإن تزوج بكرًا وله امرأة أخرى، فإن للبكر ثلاثًا، ثم يقسم، وإن تزوج الثيب، وله امرأة، كان لها الثلثان. وقال الثورى: إذا تزوج البكر على الثيب: أقام عندها ليلتين، ثم قسم بينهما بعد، قال: وقد سمعنا حديثًا آخر، قال: يقيم مع البكر سبعًا، ومع الثيب ثلاثًا. وقال أبو حنيفة وأصحابه: القسم بينهما سواء البكر والثيب، ولا يقعد عند الواحدة إلا كما يقعد عند الأخرى، قال محمد ابن الحسن: لأن الحرمة لهما سواء، ولم يكن رسول الله ﷺ يؤثر واحدة على أخرى، واحتج بحديث هذا الباب، وما قدمنا فى تأويله. =

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «**للبكر سبع وللثيب ثلاث**» يقتضى ظاهره أنه حق للمرأة، ولو كان حقًا للزوج لقال للزوج فى البكر سبع، وفى الثيب ثلاث، وبهذا قال من الصحابة أنس، ومن التابعين فمن بعدهم النخعى والشعبى والشافعى وأحمد بن حنبل. وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى: للبكر ثلاث، ثم يقسم وللثيب يومان، ثم يقسم. وقال حماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة: لا تفضل الجديدة على القديمة، بكرًا كانت أو ثيبًا.

والدليل على ما قلناه ما رواه البخارى، قال: حدثنا يوسف بن راشد قال: حدثنا أبو أسامة عن سفيان، قال: حدثنا أيوب وخالد، عن أبى قلابة، عن أنس، قال: من السنة إذا تزوج الرجل البكر أقام عندها سبعًا وقسم، وإذا تزوج الثبت أقام عندها ثلاثًا ثم قسم.

قال أبو قلابة: ولو شئت لقلت: إن أنسًا رفعه إلى النبى ﷺ.

ودليلنا من جهة المعنى أن الطارئة يلحقها من الاستحاش والانقباض ما يحتاج به إلى التأنيس، وذلك لا يكون إلا بطول المقام عندها، ولما كانت البكر أكثر حياء وانقباضًا احتاجت من التأنيس أكثر مما تحتاجه الثيب. وهذا التعليل على أصل من جعله حقًا للزوجة. وأما على أصل من جعله حقًا للزوج، فقد قال القاضى أبو محمد: لما كان التذاذ الزوج بالطارئة أكثر من التذاذه بالقديمة، جعل له من المقام عندها ما يصل به إلى ذلك.

فرع: والحرة كالأمة فى ذلك، قاله القاضى أبو الحسن. ووجه ذلك أنها زوجة تحتاج إلى التأنيس كالحرة.

فرع: وهل يتخلف العروس فى هذه المدة عن صلاة الجماعة والجمعة؟ روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك: لا يختلف عنها. قال سحنون: وقد قال بعض الناس: إنه لا يخرج، وذلك لها بالسنة.

=قال أبو عمر: الأحاديث المرفوعة فى هذا الباب عن أنس على ما ذهب إليه مالك والشافعى، وهو الصواب وليس فيما ذهب إليه غيرهما حديث مرفوع نصًا، وعن السلف من الصحابة والتابعين فى هذا الباب من الخلاف مثل ما ذكرنا عن فقهاء الأمصار، والحجة مع من أدلى بالسنة، وبالله التوفيق.

وجه قول مالك أنه إن كان حقًا للزوج، فإن الزوجة لا تملكه، وإن كان حقًا لها، فإنها لا تملك منه إلا ما زاد على وقت أداء الصلاة. ووجه رواية سحنون أن من ملك منافع أجير فى مدة ما، فإنه تسقط عنه فرائض الجمعة وحقوق إتيان الجماعات كالسيد فى عبده.

قَالَ مَالِك: فَإِنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَةٌ غَيْرُ الَّتِى تَزَوَّجَ فَإِنَّهُ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَنْ تَمْضِىَ أَيَّامُ الَّتِى تَزَوَّجَ بِالسَّوَاءِ وَلا يَحْسِبُ عَلَى الَّتِى تَزَوَّجَ مَا أَقَامَ عِنْدَهَا.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أنه إذا تزوج امرأة، وكان عنده غيرها، فأقام عند الحديثة ما قدمناه من المقام الثابت فى حقها، فإنه يقسم بينها وبين القديمة بعد ذلك على السواء، وبأيتهما يبدأ؟ قال ابن المواز عن مالك: يبدأ بأيتهما أحب، وأحب إلىَّ أن يبدأ بالقديمة كأنه من عند الأخرى خرج.

مسألة: وأى وقت يبدأ بالمشى على نسائه؟ قال مالك فى كتاب محمد: له أن يبدأ بالليل قبل النهار، أو النهار قبل الليل.

ووجه ذلك أن الذى عليه أن يكمل للواحدة يومًا وليلة، وهو التخير فى أن يبدأ بأى الزمانين شاء، على أن الأظهر من أقوال أصحابنا أنه يبدأ بالليل.

مسألة: وصفة القسمة أن يكون عند كل واحدة يومًا وليلة، قاله ابن حبيب، قال: ولا يجوز أن يقسم لكل واحدة يومين، رواه ابن المواز عن مالك، قال: ولو جاز لجاز ثلاثًا وأربعًا.

ووجه ذلك ما ورى عن عائشة رضى الله عنها أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة، وكان النبى ﷺ يقسم لعائشة بيومها ويوم سودة.

ووجه ذلك من جهة المعنى أن تطويل المدة على النساء بالتغيب عنهن إضرارًا بهن، وما قصر من مدة مغيبه عنهن أرفق بهن، وليس فى المدد ما يتبين تحديده، ويمكن التساوى فيه أقصر من مدة يوم وليلة.

فرع: وسواء فى ذلك الصغيرة والكبيرة والصحيحة والمريضة التى لا توطأ والرتقاء وغيرها.

ووجه ذلك أنه متى استمسك بهن، فحقهن متساو فى الزوجية، فوجب أن يتساوى بينهن فى القسمة.

* * *

ما لا يجوز من الشروط فى النكاح

١٠٩٥ – مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ تَشْتَرِطُ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ لا يَخْرُجُ بِهَا مِنْ بَلَدِهَا، فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: يَخْرُجُ بِهَا إِنْ شَاءَ.

الشرح: قوله: **«فى المرأة التى تشترط على زوجها أن لا يخرج بها من بلدها أن له أن يخرج بها إن شاء»** ومعنى ذلك أنه لا يلزمه بالحكم. وأما على الوفاء لها ما شرطت عليه من أن لا يخرجها من بلدها، وما أشبه ذلك، فأنه مأمور به، رواه محمد عن أشهب عن مالك، فيمن تزوج امرأة على أن لا يمنعها الخروج إلى المسجد، فإنه ينبغى أن يفى لها بذلك، ولا يقضى به عليه.

وقال ابن حبيب: وقد استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفى لها بما شرط، وإن ذلك غير لازم للزوج، وعليه جمهور الفقهاء. وقد روى ابن المواز عن ابن شهاب أنه كان يوجب عليه ما التزم من الشروط فى النكاح، وإن لم تكن معلقة بيمين. وروى عبد الرزاق عن شريح أنه قضى به.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾** [المائدة: ١]، ويدل على ذلك ما رواه البخارى، قال حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا الليث، قال: حدثنى يزيد بن أبى حبيب، عن أبى الخير، عن عقبة بن عامر، قال: قال رسول الله ﷺ: «أحق الشروط أن توفوا به، ما استحللتم به الفروج»[١] وتعليق ذلك بالوفاء لها دليل على أنه لا يحكم به عليه، وإن ذلك مصروف إليه.

مسألة: وهذه الشروط فى الجملة مكروهة، قال ابن حبيب: يكره أهل العلم الشروط فى النكاح وإيقاع شهادتهم عليها. وروى أشهب عن مالك فى كتاب محمد والعتبى: إنى لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد لا يخرجها من بلدها، ولا يمنعها من داخل يدخل عليها، ولا يمنعها من حج ولا عمرة.

١٠٩٥ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧٧.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٢١، ٥١٥١. مسلم حديث رقم ١٤١٨. الترمذى حديث رقم ١١٢٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٨١، ٣٢٨٢. أبو داود حديث رقم ٢١٣٩. ابن ماجه حديث رقم ١٩٥٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٨٥١، ١٦٩١١، ١٦٩٢٥. الدارمى حديث رقم ٢٢٠٣.

قال: فإذا كان هكذا فهو لا يملكها، إذا ملكًا تامًا، ولا يستباح البضع إلا بملك تام، ويكره أن يشترط فى تملكه هذه الشروط التى تمنع تمام ملكة كما لو شرطت فى ملك اليمين.

قال مالك: ولقد أشرت منذ زمان أن أنهى الناس أن يتزوجوا بالشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وأنه كتب بذلك كتابًا وصيح به فى الأسواق، وتعلق فى ذلك ابن حبيب بما روى عن عائشة، قالت: «قام رسول الله ﷺ فقال: ما بال الناس يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس فى كتاب الله، فليس له، وإن شرط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق»(٢).

إذا ثبت ذلك، فإن هذه الشروط على ضربين، أحدهما أن تكون غير مؤثرة فى النكاح. والثانى: أن تكون مؤثرة فيه، فأما التى لا تؤثر فيه، فهى التى لا توثر فى جهالة المهر، ولا تغيير العقد، مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها، ولا يتخذ أم ولد، ولا يخرجها من بلدها، ونحو ذلك من الشرط، فهذه قال ابن حبيب: لا يبلغ من كراهية أهل العلم لها أن تكون حرامًا أو يفسخ بها النكاح.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يشترط هذا الشرط، ولا يسقط لها شيئًا أو يشترطه ويسقط لها به حقًا، فقد قدمنا أنه يؤمر بالوفاء به، ولا يحكم عليه بذلك.

وإن أسقطت بسببه حقًا من مهر أو غيره، فلا يخلو أن تسقطه حين العقد أو بعده، فإن كان إسقاطها حين العقد، فإن ذلك لا يؤثر فسادًا فى العقد.

وقال الشافعى: إن ذلك يفسد العقد.

والدليل على ما نقوله أن هذه الشروط لا تؤثر فى المهر، فلم توجب فيه فسادًا. أصل ذلك إذا شرطت بعد العقد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن القاسم عن مالك أنه يخرجها ولا ترجع عليه بشىء مما أسقطته إياه.

وروى أشهب وابن نافع وعلى بن زياد فى المدونة عن مالك: إن كان بقى لها من المهر مثل مهر مثلها، لم ترجع عليه بشىء، وإن كان أقل من مثلها، فلها أن ترجع عليه؟.

زاد ابن حبيب: ترد إلى مهر مثلها، ومثله فى العتبية وفى كتاب محمد: ترجع عليه بما وضعت فتأخذ، ولعله يريد بما وضعت من مهر مثلها.

---

(٢) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦٥٦.

وجه رواية اين القاسم ما احتج به من أن ما أسقطته لم يثبت لها قط. زاد ابن حبيب: فكان بمنزلة ما يذكر فى النكاح للسمعة، وعلى هذا الوجه ذكره فى الصداق، ولم يرض الزوج أن يثبته لها فى ذمته.

ووجه قول أشهب أنه عوض أسقطته فى مقابلة ما لم يصح لها، فوجب أن ترجع بما بذلته من العوض. أصل ذلك أنها أسقطته بعد العقد.

مسألة: وأما إن أسقطت بعض مهرها بعد انعقاد النكاح، فشرطت عليه بذلك شروطًا؟ قال محمد: مثل أن لا يخرجها ولا يتزوج عليها غيرها، فإن له أن يفعل ذلك كله، ولها أن ترجع فيما وضعت.

ووجه ذلك أن هذا مما استقر ملكها عليه، فإذا عوضته به على وجه لم يف لها به، وجب رد ذلك إليها كما لو أعطته على ذلك شيئًا من مالها الذى بيدها.

وأما الضرب الثانى، وهو الذى يؤثر فى عقد النكاح، فهو ما أثر جهالة فى المهر أو غير بعض ما اقتضى العقد كالخيار ونحوه، وذلك مثل أن يتزوج المرأة بشرط أن لها من النفقة كذا فى كل شهر، وتشترط نفقة خدم لها أو نفقة ابنها من غيره، أو على أن لا نفقة لها، فهذا كله يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويسقط الشرط.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن هذا الشرط قد أثر جهالة فى العوض، ففسد لذلك العقد قبل البناء ويثبت بعده، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: فَالأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ الرَّجُلُ لِلْمَرْأَةِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عِنْدَ عُقْدَةِ النِّكَاحِ، أَنْ لا أَنْكِحَ عَلَيْكِ، وَلا أَتَسَرَّرَ: إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ، إِلا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ يَمِينٌ بِطَلاقٍ أَوْ عِتَاقَةٍ، فَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَيَلْزَمُهُ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن مجرد الشرط لا يلزم فى شىء من الأشياء شرط بها أن لا ينكح عليها، ولا يتسرى معها، ذلك من الشروط، وله أن يفعل ذلك كله، ولا شىء عليه فيه، ولا يمنع من فعله إلا أن يقيد الزوج ذلك بيمين، فتلزمه تلك اليمين، سواء علق يمينه بطلاق أو عتاق أو غيره من الأيمان التى تلزم، إلا أن الذى يحكم به عليه من ذلك الطلاق والعتق.

وأما ما يحلف به من اليمين بالله أو المشى أو غير ذلك، فإنه إن خالف ما حلف لها عليه حنث، لكنه لا يحكم عليه بالكفارة. وقد اختلف فى الصدقة، ونحن نبين ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى.

مسألة: وإذا زوج الصغير وليه، وألزمه شروطًا، قيدها بتمليك أو طلاق أو عتق، فعند ابن القاسم: لا يلزم شيء من ذلك بإلزام الولى. وفى العتبية من رواية ابن أبى زيد عن ابن وهب: إن ذلك يلزمه إذا بلغ بنى أو لم ين.

وجه قول ابن القاسم أن هذه أيمان، فلا يعقدها أحد عن أحد كاليمين بالله تعالى، ولذلك لم تلزم بمجرد الشرط حتى يقترن بها الأيمان. ووجه قول ابن وهب أنها شروط، فلزمت بإلزام الولى كصفة الصداق.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فإن دخل بها بعد البلوغ وبعد العلم بما عقد عليه، فقد قال ابن القاسم: هذا التزام منه لها. قال أبو عبد الله بن العطار فى وثائقه: وقد قيل لا يلزم ذلك.

وجه قول ابن القاسم: أن دخوله بها مع العلم بها انعقد عليه رضاه والتزامه، فوجب أن يلزمه كما يلزمه بقوله: رضيت بذلك.

ووجه القول الثانى أن هذه أيمان لم يلتزمها بنطق، ولا فعل يقوم مقام النطق، إذ له أن يقول: رضيت بالنكاح، ولم أرض الشروط، فلم يلزمه كما لا يلزمه باستدامة العقد بعد البلوغ.

فرع: وإن علم بذلك بعد البلوغ، وقبل البناء وكره التزامها، فعند ابن القاسم يقال له إما أن تلتزم، وإما أن ينصرف الخيار لها. قال أبو عبد الله بن العطار: لا يلزمه ذلك، وله أن يبنى بها إلا أن يتطوع بالتزامها.

وجه القول الأول أن نكاحها انعقد على التزام ذلك، فليس له التزام النكاح وإسقاطها. ووجه القول الثانى، أن هذه شروط لم يلتزم الناكح فيها يمينًا، فكان له إمضاء النكاح وإطراحها، كما لو لم تعلق الشروط بنكاح ولا عتق.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم وكره الزوج التزامها، خيرت الزوجة بين إسقاطها، واستدامة النكاح، والمطالبة بها وإبطال النكاح، فإن أسقطت الشروط، لزمه النكاح دون شرط، وإن لم تسقطها فارق، وهذا إذا كانت مالكة أمرها، فقد قال أبو عبد الله: ذلك إلى وليها فى إسقاط الشروط والمنع من ذلك.

وفى هذا الذى قاله عندى نظر، لأن الولى إن كان وصيًا فإنما له أن ينظر فى مالها واختيار الكفؤ لها، وأما فى القسم والتمليك لها، فلا نظر له فيه. وأما إن كان غير وصى، فلا ولاية له إلا باختيار الكفؤ، ولو رضيت هى بالنكاح بغير شرط لما كان له المنع من ذلك، ولو أبت النكاح إلا بشروط لما كان له إطلاق ذلك.

وقداختلف قول مالك فى المدونة فى رضاها بأقل من مهر مثلها، وإن كان مالاً، فكيف بما لا تعلق له بالمال، وقد قال مالك فى الموازية، فى الذى يخير زوجته قبل بلوغها وقبل البناء بها، فاختارت نفسها، فهو طلاق.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهل تكون فرقتها بالإبانة فسخًا أو طلاقًا؟ الظاهر من قول ابن القاسم أنه طلاق، والظاهر من قول أصبغ أنه فسخ.

وجه القول الأول أن هذه فرقة مصروفة إلى اختيار الزوج، فكانت طلاقًا. أصل لك إذا طلق ابتداء. ووجه القول الثانى أن هذه فرقة تثبت لعدم التراضى، فكانت فسخًا. أصل ذلك قبل تمام العقد.

وهل لها نصف الصداق؟ روى أصبغ عن ابن القاسم: لها نصف الصداق. وقال أصبغ: لا شيء منه. واختاره محمد قالا: إلا أن تكون أسقطت الشروط وطلق وأطلق قبل أن يعلم بالشروط، فعليه نصف الصداق.

فرع: فإذا دخل بها قبل العلم وبعد البلوغ؟ فقد قال ابن القاسم: لا يلزمه ذلك. وقال أبو عبد الله بن العطار: لا تنفعه، والشرط يلزمه، وقيل لا يلزمه.

وجه القول الأول أنها تركت التحرز والاستيثاق حين أسلمت نفسها من غير توقيفه على الشروط. ووجه القول الثانى أن دخوله رضا بما عقد عليه لتركه التحرز والنظر فيما عقد عليه، فلزمه ذلك كما لو علم.

فرع: ولو اختلفا، فقال الزوج: عقدت على الشروط، وأنا صغير. وقالت الزوجة، أو الولى: عقدت وأنت كبير، ففى العتبية عن ابن القاسم على الزوج البينة، وإلا حلف الولى؛ لأنه كان العاقد للنكاح، ولزمت الزوج الشروط.

ووجه ذلك أن انعقاد النكاح متفق عليه، فمن أراد أن يثبت فيه ما يوجب الخيار فى حله، فهو مدع، والله أعلم.

* * *

نكاح المحلل وما أشبه

١٠٩٦ - مَالِك، عَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ رِفَاعَةَ الْقُرَظِيِّ، عَنِ الزُّبَيْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ

١٠٩٦ - أخرجه البخارى ١٠٠/٧ كتاب اللعان باب إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجت فلم يمسها. عن عائشة. ومسلم ١٠٥٥/٢ كتاب النكاح رقم ١١١ باب لا تحل المطلقة ثلاثا حتى تنكح زوجا=

الزَّبير أَنَّ رِفَاعَةَ بْنَ سِمْوَالٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ تَمِيمَةَ بِنْتَ وَهْبٍ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثَلاثًا فَنَكَحَتْ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزَّبِيرِ فَاعْتَرَضَ عَنْهَا، فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَمَسَّهَا، فَفَارَقَهَا فَأَرَادَ رِفَاعَةُ أَنْ يَنْكِحَهَا، وَهُوَ زَوْجُهَا الأَوَّلُ الَّذِي كَانَ طَلَّقَهَا، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَنَهَاهُ عَنْ تَزْوِيجِهَا، وَقَالَ: «لا تَحِلُّ لَكَ حَتَّى تَذُوقَ الْعُسَيْلَةَ»(*) .

=آخر ويطأها. والبيهقي في الكبرى ٣٧٥/٧ عن عبد الرحمن بن الزبير. والطبراني في الكبير ٢٧١/١٢ عن ابن عمر. والنسائي ١٤٩/٦ عن ابن عمر.

(*) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٨٢/٧: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك، عن المسور، عن الزبير، وهو مرسل في روايته، وتابعه على ذلك أكثر الرواة للموطأ إلا ابن وهب فإنه قال فيه: عن مالك، عن المسور، عن الزبير بن عبد الرحمن، عن أبيه، فزاد في الإسناد، عن أبيه، فوصل الحديث، وابن وهب من أجل من روى عن مالك في هذا الشأن، وأثبتهم فيه، وعبد الرحمن بن الزبير هو الذي كان تزوج تميمة هذه، واعترض عنها. فالحديث مسند متصل، صحيح، وقد روى معناه عن النبي ﷺ من وجوه شتى ثابتة أيضًا كلها.

وقد تابع ابن وهب على توصيل هذا الحديث وإسناده إبراهيم بن طهمان وعبيدالله ابن عبدالمجيد الحنفي قالوا فيه: عن الزبير بن عبدالرحمن بن الزبير، عن أبيه ذكر حديث ابن طهمان النسائي في مسنده من حديث مالك، وذكره ابن الجارود.

أخبرنا عبدالله، قال: حدثنا تميم بن محمد، قال: حدثنا عيسى بن مسكين، وحدثنا عبدالوارث بن سفيان قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح قالا جميعًا: حدثنا سحنون، قال: أخبرنا ابن وهب قال: أخبرني مالك، عن المسور بن رفاعة القرظي، عن الزبير بن عبدالرحمن بن الزبير، عن أبيه، أن رفاعة بن سموال طلق امرأته تميمة بنت وهب على عهد رسول الله ﷺ ثلاثًا، فنكحت عبدالرحمن بن الزبير فاعترض عنها، فلم يستطع أن يمسها، فطلقها ولم يمسها، فأراد رفاعة أن ينكحها، وهو زوجها الذي كان طلقها، قال عبدالرحمن: فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها، وقال: لا تحل لك حتى تذوق العسيلة.

وقد ذكر هذا الحديث أيضًا سحنون، عن ابن وهب، وابن القاسم، وعلى بن زياد، كلهم عن مالك، عن المسور بن رفاعة القرظي، عن الزبير بن عبدالرحمن بن الزبير، عن أبيه، أن رفاعة بن سموال طلق امرأته، وذكر الحديث، وقال فيه: عن هؤلاء الثلاثة، عن مالك في هذا الإسناد، عن أبيه، والحديث صحيح مسند، والزبير بن عبدالرحمن بن الزبير بفتح الزاى فيهما جميعًا. كذلك روى يحيى وابن وهب وابن القاسم والقعنبي وغيرهم، وقد روى عن ابن بكير أن الأول مضموم وروى عنه الفتح فيهما كسائر الرواة عن مالك في ذلك، وهو الصحيح فيهما جميعًا بفتح الزاى، وهم زبيريون بالفتح في بنى قريظة معروفون وهم بنو الزبير بن باطيًا القرظى قتل يوم قريظة وله يومئذٍ قصة عجيبة محفوظة.

أخبرنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان قراءة منى عليهما أن قاسم بن أصبغ حدثهما=

الشرح: رواه يحيى بن يحيى وجماعة من رواة الموطأ، الزبير بفتح الزاى فيهمـا، وقـال ابن بكير: الأول بالضم، قال الشيخ أبـو الحسـن الدارقطنـى وعبـد الغنـى وغيرهمـا مـن الحفاظ: هو الصواب، وهو الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير بن باطيـا اليهـودى القرظـى، قتل الزبير يوم قريظة، والله أعلم، والذى وقع فى روايتى من طريق يحيى بن عبد الرحمـن بضم الزاى، والله أعلم،

فصل: قوله: «**إن رفاعة طلق امرأته ثلاثًا**» يحتمل مـن جهـة اللفـظ أن يوقعهـا فـى مرة واحدة، ويحتمل أن يوقعها فى ثـلاث مـرات يطلـق، ثـم ترجـع ثـم يطلـق، غـير أن إيقاعها عند مالك فى مرة غير جائز، وسيرد فى كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «**فنكحت عبـد الرحمـن بـن الزبـير، فـاعترض عنهـا، فلـم يسـتطع أن يمسها، ففارقها**» يريد أنه لما اعترض عنها ومنع وطأها فارقها، ويحتمل أن يكـون فارقهـا حين لم ترد البقاء معه على ذلك، ولكن أضاف الفـراق إليـه لمـا كـان هـو الفـاعل لـه، ولعله لما علم بكراهيتها لذلك بادر بفراقها من غير أن يتأجل فـى ذلـك أجـلاً أو يعـالج مداواة أو معاناة.

فصل: وقولـه: «**فـأراد رفاعـة أن ينكحهـا**» يحتمـل أن يكـون اعتقـد أن الثـلاث لـم تحرمها، ولعله لم يكن نزل بعد قوله تعالى: ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتـى تنكـح زوجًا غيره**﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ولعله علم أن الثلاث تحرمها وظن أن عقد الـزوج عليهـا

=قال: أنبأنا إسماعيل بن إسحاق القاضى، قال: حدثنا إبراهيم بن حمزة، قال: حدثنـا عبدالعزيـز ابن محمد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشـة، أن رفاعـة القرظـى طلـق امرأتـه، فنكحهـا عبدالرحمن بن الزبير فاعترض عنها فجـاءت رسـول اللـه ﷺ فذكـرت زوجهـا فقـالت: والـذى أكرمك بالحق ما معه إلا مثل هذه الهدبة. فقال: «فلا، حتى تذوقى عسيلته، ويـذوق عسـيلتك». هكذا قال عبدالرحمن بن الزبير بالفتح.

وحدثنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان، قالا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قـال: حدثنـا محمـد ابن إسماعيل الترمذى، قال: حدثنا الحميدى، قال: حدثنا سفيان، قـال: حدثنـا الزهـرى، قـال: أخبرنى عروه، عن عائشة، أنه سمعها تقول: «جاءت امرأة رفاعة القرظى، إلى رسـول اللـه ﷺ، فقالت: إنى كنت عند رفاعة فبت طلاقى فتزوجت، عبدالرحمن بن الزبير، وإنما معـه مثـل هدبـة الثور، فتبسـم رسول الله ﷺ، فقال: «أتريدين أن ترجعـى إلى رفاعـة؟ لا، حتى تذوقـى عسيلته ويذوق عسيلتك». قال: وأبو بكر عند النبى ﷺ وخالد بـن سـعيد بالبـاب، فنـادى يـا أبـا بكـر فقال: ألا تسمع إلى ما تجهر به هذه عند رسول الله ﷺ». «هـذا أصـح حديـث يـروى فـى هـذا الباب، وأثبته من جهة الإسناد».

يحلها له، فلما ذكر ذلك لرسول الله ﷺ نهاه عن نكاحها، وأعلمه أن المانع له من نكاحها باق؛ لأنه قال له: «**لا حتى تذوق العسيلة**»[1] فأخبره أن المحلل إنما هو الوطء.

وانفرد سعيد بن المسيب بقوله: إن عقد الثانى يحلها للأول، وإن لم يكن وطء، ولعله لم يبلغه الحديث، لأنه نص فى مخالفة قوله. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه قال: العسيلة فيما نرى، والله أعلم، اللذة ومجاوزة الختان الختان.

وروى نحوه ابن مزين عن عيسى بن دينار. زاد ابن مزين: أنزل أو لم ينزل، وانفرد الحسن البصرى بقوله: لا يحلها إلا الوطء، وفيه إنزال.

١٠٩٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا سُئِلَتْ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ، فَتَزَوَّجَهَا بَعْدَهُ رَجُلٌ آخَرُ، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، هَلْ يَصْلُحُ لِزَوْجِهَا الأَوَّلِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا؟ فَقَالَتْ عَائِشَةُ: لا حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَهَا.

١٠٩٨ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَهُ رَجُلٌ آخَرُ، فَمَاتَ عَنْهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، هَلْ يَحِلُّ لِزَوْجِهَا الأَوَّلِ أَنْ يُرَاجِعَهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: لا يَحِلُّ لِزَوْجِهَا الأَوَّلِ أَنْ يُرَاجِعَهَا.

الشرح: قول عائشة: «**فى المطلقة ثلاثًا يتزوجها زوج فيطلقها قبل أن يمسها**» قد تقدم مثله مسندًا عن النبى ﷺ وقد تقدم الكلام عليه بما يغنى عن إعادته.

مسألة: والاعتبار فى نكاح التحليل بنية الزوج. قال مالك فى الموازية والعتبية: لا يجوز أن يتزوجها علمت هى وزوجها الأول أو لم يعلما، فإذا لم ينو الزوج الثانى التحليل، فهو جائز، وإن علمت المرأة التحليل، وسألته لما دخل بها الطلاق أو خالعته بمال، فذلك جائز.

---

(١) قال النووى: بضم العين وفتح السين تصغير عسلة وهو كناية عن الجماع شبه لذته لذة العسل وحلاوته وأنث العسل لأن فيه لغتين التذكير والتأنيث، وقيل على إرادة النطفة وهو ضعيف لأن الإنزال لا يشترط.

١٠٩٧ - أخرجه أبو يعلى حديث رقم ٤٩٦٥. ابن حبان ٤١١٩. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧٩.

١٠٩٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٠.

قال مالك فى الموازية: لا يضر الزوج ما نوت الزوجة لأن الطلاق بيده دونها.

فرع: والنية المصححة للعقد أن يتزوجها لحاجته إليها، قال ابن حبيب: وإن تزوجها، فإن أعجبته أمسكها، وإلا كان قد احتسب فى تحليلها الآخر لم يجز لما خالط نكاحه من نية التحليل، ولا تحل بذلك للأول.

فرع: وقول ابن القاسم فى التى توفى عنها زوجها قبل أن يمسها: «**لا تحل بذلك لمن طلقها قبله ثلاثًا**»؛ لأنه نكاح ليس فيه مسيس، فلم يتعلق بذلك حكم الإحلال؛ لأن الإحلال لا يكون بالعقد، وإنما يكون بالوطء لكن يعتبر فيه صحة العقد.

وإن كانت وفاة الزوج يقع بها كمال المهر، فإنه لا يقع به الإحلال، ولا الإحصان، والفرق بينهما أن المهر إنما يكون فى مقابلة استباحة البضع والمواصلة مدة العمر، فإذا وجد موت أحدهما، فقد انقضت مدة المواصلة، فوجب جميع المهر كما يجب بالوطء.

وأما إحلال الزوجة للمطلق ثلاثًا، فإنه يحصل بالوطء، وليس فى موت الزوج الثانى معنى من معانى الوطء، فتحصل بالإباحة، ولا خلاف فى ذلك، وهذا إن أقرت الزوجة بعدم الوطء، فإن ادعته، فلا يخلو أن تدعيه بعد البناء أو قبله، فإن ادعته قبل أن يبنى بها، وقد هلك الزوج الثانى، ولم يعلم مبيته عندها، فإنها لا تحل بذلك للأول.

مسألة: فإن ادعت ذلك، وقد بنى بها الثانى، وبات عندها ليلة واحدة، ومات فقد قال ابن القاسم: إن ذلك عليها لزوجها الأول، وإن كان طلقها، وادعت المسيس وأنكره الزوج، فقد قال مالك: لا يحلها ذلك للمطلق ثلاثًا. وقال ابن القاسم: تدين، ويباح له نكاحها ثلاثًا. وقال ابن القاسم: إن كان الزوج يذكر ذلك عند الفراق لم يحلها ذلك، وإن قال ذلك بعد الفراق لم يقبل قوله، وحلت للمطلق ثلاثًا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: أن كل موضع تصدق فيه على الزوج فى دعوى الوطء، فإنها تصدق فيه فى إحلالها للأول. وأما كل موضع لا تصدق فيه على الزوج إذا أنكر الوطء، فإن دعواها الوطء بعد الوفاة الثانى لا يحلها للأول، ولم أر فيه نصًا، والله أعلم.

مسألة: ويعتبر فى صحة الإحلال الوطء بعقد النكاح، إن وطئها بملك يمين، فقد قال محمد: لا يحلها ذلك الوطء، وإنما يحلها الوطء بالنكاح، فتعتبر فيه صحة العقد وصحة الوطء.

فأما العقد، فأن يكون المقصود به الرغبة فى النكاح مع صحة العقد، فإن صح العقد وتزوجها بيمين لزمته أن يتزوج علي امرأته، ففى المدنية إن كان مثله يتزوج مثلها، فقد خرج عن يمينه، وحلت للمطلق ثلاثًا.

وقال محمد بن دينار: لا تحل للأول بذلك وإن أقامت عند الثانى سنتين أو أكثر لأنه لم يتزوجها رغبة، وإنما قصد أن يبر فى يمينه. وأما صحة الوطء فسيأتى ذكره فى الإحصان إن شاء الله تعالى.

قَالَ مَالِك: فِي الْمُحَلِّلِ إِنَّهُ لا يُقِيمُ عَلَى نِكَاحِهِ ذَلِكَ حَتَّى يَسْتَقْبِلَ نِكَاحًا جَدِيدًا فَإِنْ أَصَابَهَا فِي ذَلِكَ فَلَهَا مَهْرُهَا(*).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أنه لما كان نكاح المحلل نكاحًا فاسدًا لمنافاته مقتضى النكاح ومقصوده؛ لأن المقصود به إباحة البضع لغير الناكح، فوجب أن يفسخ. وقد ذكر القاضى أبو محمد فى ذلك قياسًا وذلك أنه قال: إن هذا عقد وقع على وجه محظور، واستحق عاقده به اللعن، فوجب أن يكون باطلاً. أصل ذلك شراء الخمر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يحكم عليه بالفرقة قبل البناء وبعده، رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك. قال ابن المواز: يفسخ نكاحه بطلقة بائنة، إن ثبت ذلك بإقراره، ولو ثبت بعد البناء إقراره بذلك قبل البناء، فليس بنكاح.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إن ثبت إقراره بذلك قبل النكاح، فإنه يدخله الخلاف الذى فى النكاح الفاسد المختلف فى فساده.

فرع: وهل يجوز هذا للمحلل أن يتزوجها بعد أن فرق بينها بعد البناء؟ روى أشهب عنه مالك فى الموازية: له ذلك، وأحب إلىّ أن لا ينكحها أبدًا.

ووجه ذلك أنه أراد تعجيل استباحة البضع على الوجه المحظور كالنكاح فى العدة غير أن الناكح فى العدة عجله لنفسه بالعقد والوطء، فوقع تأبيد التحريم عليه، وفى مسألتنا أراد تعجيله لغيره، فلم يبلغ مبلغ التحريم، وإنما اقتضى الكراهية، والله أعلم.

مسألة: ويجب عليه أن يأتى الزوج الأول، فيعلمه أنه قصد تحليلها له ليمنع ذلك من نكاحها، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن لا يغتر الآخر بظاهر فعله، ولا يعلم مقصده، فيكون هو سبب مواقعة الحرام.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦/١٥٥.

فصل: وقوله: «**فلها مهرها**» هكذا رواه يحيى بن يحيى. وروى ابن بكير: فلها مهر مثلها، وتابعه على ذلك القعنبى، رواية يحيى أظهر لأنه نكاح فسد لعقده، فيجب بالدخول المهر المسمى. وروى ابن عبد الحكم عن مالك: لها مهر مثلها، على رواية ابن بكير والقعنبى، وهو مذهب الشافعى. وقال ابن المواز بل لها المهر المسمى، وهو قول مالك، وهو الأظهر لما قدمناه.

* * *

ما لا يجمع بينه من النساء

١٠٩٩ - مَالِك، عَنْ أَبِى الزِّنَادِ، عَنِ الأَعْرَجِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا»(*) .

١٠٩٩ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧١٨. ومسلم فى النكاح ٢٥١٨. والترمذى فى النكاح ١٠٤٥. والنسائى فى النكاح ٣٢٣٤، ٣٢٣٦، ٣٢٣٧، ٣٢٣٨، ٣٢٣٩، ٣٢٤٠، ٣٢٤١، ٣٢٤٢. وأبو داود فى النكاح ١٧٦٨، ١٧٦٩. وابن ماجه فى النكاح ١٩١٩. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٦٨٣٦، ٧١٤٤، ٨٧٥٧، ٨٨٣٦، ٩١٠٢، ٩١٣٦، ٩٢١٦، ٩٤٥٨، ٩٥٧٢، ٩٦١٤، ٩٧٥٥، ٩٩٥٣، ١٠١٩٧، ١٠٢٧١، ١٠٢٩٤، ١٠٤٢٤، ١٠٤٦٦. والدارمى فى النكاح ٢٠٨٣.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٨٩/٧: هذا حديث صحيح ثابت مجتمع على صحته، رواه عن أبى هريرة جماعة من أصحابه، منهم: سعيد بن المسيب، وأبو سلمة، وأبو صالح، وغيرهم.

حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أبو قلابة، قال: حدثنا أبو عاصم، قال: حدثنا همام، عن قتادة، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ.

قال: وحدثنا همام، عن يحيى بن أبى كثير، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة، أن النبى ﷺ «نهى أن تنكح المرأة على عمتها وعلى خالتها».

وأخبرنا أحمد بن فتح قال: حدثنا أحمد بن الحسن بن إسحاق الرازى، قال: حدثنا أبو الزنباع روح بن الفرج بن عبدالرحمن القطان، قال: حدثنا يحيى بن عبدالله بن بكير، قال: حدثنى الليث ابن سعد، عن أيوب بن موسى، عن بكير بن عبدالله بن الأشج، عن سليمان بن يسار، عن عبدالملك بن يسار، عن أبى هريرة، عن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها».

قال أبو عمر: أجمع العلماء على القول بهذا الحديث: فلا يجوز عند جميعهم نكاح المرأة على عمتها وإن علت، ولا على ابنة أختها وإن سفلت، ولا على خالتها وإن علت، ولا على ابنة أخيها وإن سفلت، والرضاعة فى ذلك كالنسب.

وقد كان بعض أهل الحديث يزعم أن الحديث لم يروه أحد غير أبى هريرة، وقد رواه على بن=

الشرح: قوله ﷺ: **«لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»** يقتضى العموم من جهة اللفظ، غير أن التحريم إذا علق على النساء، فإن المفهوم منه الوطء. كما أنه إذا علق على الطعام، فهم منه اللباس، فيجب أن يحمل على الوطء أو على كل معنى مقصوده الوطء، فأما الوطء فإنه يملك بيمين، وأما العقد الذى مقصوده الوطء، فإنه النكاح، ويخالف فى ذلك ملك اليمين، فإنه يجوز للإنسان أن يملك من لا يطأ كالأخت من الرضاعة والخالة والعمة من النسب، ولا يجوز عقد نكاح على من لا يجوز وطؤها للرجل من النساء.

مسألة: فأما ما لا يجمع بينهما بعقد النكاح، فإن الأصل فيه قوله تعالى: ﴿**وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف**﴾ [النساء: ٢٣]، والعمة مع ابنة أخيها والخالة مع بنت أختها بمثابة الأختين فى ذلك.

والأصل فيه من جهة السنة الحديث المتقدم. ومن جهة المعنى أن الأختين والعمة والخالة مع ابنة الأخ وابنة الأخت، ممن يلزم بعضهن لبعض المواصلة للرحم القريبة الوشيجة، وغيرة الضرائر تورث القطيعة، وتمنع المواصلة، فمنع من الجمع بينهما لذلك؛ لأنه سبب لما نهينا عنه من القطيعة، ومانع مما يجب عليهما من المواصلة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجمع بينهما بالنكاح يكون على ضربين، أحدهما أن يجمع فى عقد واحد. والثانى أن ينكح إحداهما بعد الأخرى.

=أبى طالب، وابن عباس، وابن عمر، وعبدالله بن عمرو بن العاص، وجابر كما رواه أبو هريرة. حدثنا يحيى بن عبدالرحمن، وسعيد بن نصر، قالا: حدثنا ابن أبى دليم، قال: حدثنا ابن وضاح. قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا معتمر بن سليمان، قال: قرأت على فضيل بن ميسرة، عن أبى جرير - قاضى سجستان - أن عكرمة، حدثهم عن ابن عباس، قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها؛ وقال: إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن».

وذكر عبدالرزاق وغيره، عن الثورى، عن عاصم، عن الشعبى، عن جابر بن عبدالله قال: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها.

وروى معمر، عن داود بن أبى هند، عن الشعبى، عن أبى هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح المرأة على ابنة أخيها ولا تنكح المرأة على عمتها، ولا تنكح المرأة على خالتها، ولا تنكح المرأة على ابنة أختها». وأظن قائل ذلك القول لم يصحح حديث الشعبى، عن جابر، وصحح حديث الشعبى، عن أبى هريرة، والحديثان جميعا صحيحان.

وقد روى هذا المعنى من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ. وروى مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، أنه كان يقول: كان ينهى أن تنكح المرأة على عمتها وعلى خالتها، وأن يطأ الرجل وليدة وفى بطنها جنين لغيره.

فإن جمع بينهما فى عقد واحد، فقد قال مالك فى المدونة: إن كل امرأتين يجوز له أن ينكح إحداهما بعد الأخرى، لا يجوز له أن يجمع بينهما، فإن جمع بينهما فى عقد واحد، فإنه يفسخ نكاحه لهما جميعًا، وليس له أن يحبس واحدة منهما، بنى بهما أو بواحدة منهما أولم يبن.

ووجه ذلك أنه قد منع أن يجمع بينهما فى عقد النكاح، فإذا انعقد نكاحها على الوجه الممنوع به، فسخ نكاحه لهما قبل البناء وبعده؛ لأن الفساد فى العقد.

مسألة: فإن أفرد كل واحدة منهما بعقد ثبت نكاح الأولى، وفسخ نكاح الثانية، دخل بهما أو بإحداهما، كانت الأولى أو الأخرى، قاله مالك فى المدونة.

ووجه ذلك ما احتج به أن عقد الأولى صحيح؛ لأنه عرى عن الفساد بالجمع بينهما، ونكاح الأخرى فاسد لما تعلق به من الجمع بين الأختين، فلما اختص بنكاح الثانية، وجب أن يفرد بالفسخ.

فرع: وبماذا تعرف الأولى منهما إن شهد بذلك الشهود، فالحكم فيه على ما تقدم، وإن شهد بالزوجية، ولم يوقنوا ولا علموا الأولى من الأخرى، فقد روى محمد عن أشهب: أن الزوج مصدق فى تعيين الأولى من الأخرى، وينزل عن التى زعم أنها الأخرى، ولا شيء لها، إن كان لم يمس، قال محمد: هذا عندنا صواب.

ووجه ذلك أنه إذا شهد الشهود بذلك، فقد شهدوا بصحة أحد العقدين، وفساد الآخر، ولم يعينوا الفاسد من الصحيح، فلم يشهدوا لإحداهما بعقد صحيح، فإذا لم يكن أحد يعينه غير الزوج، قبل فى ذلك تعيينه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن الأخرى لو ادعت أنها الأولى للزم الزوج اليمين فى ذلك لأنه يريد أن يسقط عن الأولى نفس صداقها، وعندى أن فسخ نكاحها يكون طلاقًا.

فصل: وأما إذا ملك عصمة إحداهما، ووطئ الثانية بملك اليمين، فلا يخلو أن يكون عقد النكاح هو السابق أو الآخر، فإن كان عقد النكاح هو السابق، فقد روى عن ابن القاسم أنه إن نكح إحدى الأختين، فلم يبن بها حتى وطئ الثانية بملك اليمين أنه يوقف عنها حتى يحرم فرج أمته عليه، ولا يفسد ذلك النكاح.

وقال أشهب: بل يطأ الزوجة لأن فرج أمته عليه حرام منذ عقد على أختها عقد نكاح.

وجه قول ابن القاسم أنه وجد منه فى كل واحدة ما يمنع من الأخرى، فوجب أن يوقف عنهما، كما لو كانتا أمتين فوطئهما.

[ووجه قول ابن القاسم][1] أن النكاح فى باب الاستمتاع ومنعه أقوى من ملك اليمين؛ لأن مقصوده الوطء، ومقصود ملك اليمين الملك دون الوطء، ولو تزوج امرأة على أختها، فوطئها لم يوقف عن الأولى، فبأن لا يمنع منهما إذا وطئ الثانية بملك اليمين، أولى وأحرى.

مسألة: فإن وطئ إحداهما بملك اليمين، ثم تزوج قبل أن يحرم الأمة على نفسه، فقد قال محمد: اختلف فيه أصحاب مالك، فقال عبد الله بن عبد الحكم وأشهب: نكاحه جائز، وله أن يطأ امرأته، ولا يحدث تحريمًا لجاريته؛ لأن نكاح أختها قد حرمها عليه، وبه قال الشافعى.

وقال ابن القاسم: لا يجوز أن يعقد النكاح حتى يحرم الأمة على نفسه، فإن فعل وقف بعد النكاح لا يقرب واحدة منهما حتى يحرم على نفسه أيتهما شاء.

وقال عبد الملك: يفسخ النكاح، ولا يقر على حال، وهذا القول مع الذى قبله لابن القاسم فى المدونة.

وجه رواية أشهب ما احتج به. ووجه رواية الوقف أن التحريم إنما يتضمن الجمع بينهما بملك نكاح أو وطء، ولوطء الأمة تأثير فى المنع من استدامة إمساكها مع ما يحرم عليه الجمع بينهما، ولذلك إذا وطئ الأختين بملك اليمين منع من وطئها حتى يحرم فرج إحداهما، ولعقد النكاح تأثير فى الجمع بينهما، فقد وجد فى كلا الجنبتين مؤثر فى المنع، فوجب أن يمنع منهما حتى يحرم إحداهما كما لو وطئها بملك اليمين.

ووجه قول عبد الملك أن هذا ممنوع من الاستمتاع بها لسبب الجمع بينهما، فوجب أن يكون ممنوعًا من العقد عليها، منعًا يفسخ به عقده كما لو كانت الأولى زوجة.

مسألة: واللتان لا يجوز الجمع بينهما من النساء، قال ابن بكير: هما كل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرًا لم يحل له نكاح الأخرى لنسب أو رضاع أو نحوه. رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك: إلا أن هذا الذى ذكره على ضربين، ضرب لإحداهما على الأخرى ولادة، كالأم مع البنت والجدة مع الحفيدة، فهذا الضرب سيأتى ذكره بعد هذا.

---

(١) هكذا فى الأصل، والصواب [ووجه قول أشهب]. المحقق.

والضرب الثاني: ليس لإحداهما على الأخرى ولادة، كالأخت مع الأخت والخالة وبنت أختها والعمة مع بنت أخيها، فهذا الضرب الذى يحرم الجمع بينهما فى وقت واحد، وإن جاز أن يتزوج إحداهما بعد الأخرى، فالأخت هى الأخت للأب والأم أو لأحدهما، والعمة هى كل امرأة هى أخت لرجل له عليك ولادة، والخالة هى كل امرأة هى أخت لامرأة لها عليك ولادة، فأخت الجدة للأب خالة وكذلك أخت أم الأب وأخت الجد للأم عمة، وكذلك أخت أبى أم الأم.

مسألة: ويجوز الجمع بين المرأة وزوجة أبيها، قاله غير واحد من أصحابنا، وذلك أنه لا يتصور فى الطرفين أن تكون كل واحدة منهما ذكرًا، فيجوز له نكاح الأخرى أو يحرم عليه، لا يتصور أن تكون زوجة الأب ذكرًا، وقال ابن بكير: ولو تصورناها ذكرًا، لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجل أجنبى، والله أعلم.

١١٠٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: يُنْهَى أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ عَلَى خَالَتِهَا، وَأَنْ يَطَأَ الرَّجُلُ وَلِيدَةً وَفِي بَطْنِهَا جَنِينٌ لِغَيْرِهِ.

الشرح: قد تقدم الكلام فى النهى عن أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها، ولا خلاف فى ذلك بين الأمة.

وأما قوله: «**أو أن يطأ الرجل أمة فى بطنها جنين لغيره**» فإنه لا يجوز لأحد أن يطأ جارية حاملاً من غيره، والوليدة فى عرف استعمالهم هى الأمة، ولا يخلو أن يكون الحمل من نكاح أو وطء بملك أو زنا.

والنكاح على ضربين، ضرب في حال يتعقبه السباء، ونكاح فى حال لا يتعقبها السباء، فأما النكاح فى حال يتعقبها السباء، فهو أن يتناكح المشركان فى أرض الحرب، ثم تسبى المرأة حاملاً، فإنه لا يجوز لمن صارت فى سهمه، ولمن ابتاعها أن يطأها بملك يمين، ولا لغيره، أن يتزوجها.

والأصل فى ذلك الحديث المتقدم: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض»[1].

١١٠٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٢.

(١) أخرجه أبو داود حديث رقم ٢١٥٧. أحمد فى المسند حديث رقم ١١٢٠٢. الدارمى حديث رقم ٢٢٩٥.

ومن جهة المعنى أن ذلك يوقع تلبيسًا فى النسب، والشرع موضوع على تخليص الأنساب، ولهذا شرعت العدة والاستبراء.

مسألة: وأما النكاح الذى لا يتعقبه السباء، فالأمة المسلمة يطلقها زوجها أو يموت عنها حاملاً، ولا يجوز لسيدها أن يطأها حتى تضع حملها.

مسألة: وأما إن كان حملها من ملك اليمين مثل أن يطأها سيدها، فيبيعها من غيره أو يزوجها، فإنه لا يحل لمن ابتاعها أو نكحها وطؤها، بل لا يحل ابتياعها، ولا نكاحها بوجه وسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو كانت حاملاً من زنا لم يجز وطؤها.

فرع: إذا ثبت أنه لا يجوز وطء وليدة ممن ذكرنا لحملها فإنه لا يجوز له أن يقبلها ولا يستمتع بها. روى محمد عن ابن القاسم: من كانت له أمة حامل من غيره لم يحل له أن يطأها، ولا يقبلها، ولا يباشرها، ولا يلتذ بها بغمز ولا غيره، كان حملها ذلك من زنا أو غيره، ولا يمس لها يدًا ولا رجلاً.

* * *

ما لا يجوز من نكاح الرجل أمِّ امرأته

١١٠١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهَا، هَلْ تَحِلُّ لَهُ أُمُّهَا؟ فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: لا الأُمُّ مُبْهَمَةٌ لَيْسَ فِيهَا شَرْطٌ، وَإِنَّمَا الشَّرْطُ فِي الرَّبَائِبِ.

الشرح: قوله: «**تزوج امرأة، ثم فارقها قبل أن يصيبها**» يريد أنه عقد نكاحها، ثم طلقها قبل أن يطأها، ثم أراد أن يتزوج أمها، فسأل زيد بن ثابت، هل يحل له ذلك، فقال زيد بن ثابت: «**الأم مبهمة**» يريد أن ذكرها فى آية التحريم مطلق بصفة لأنه قال: ﴿**وأمهات نسائكم**﴾ [النساء: ٢٣]، فلم يقيد بالبناء ولا غيره، وهذا معنى قوله: ليس فيها شرط؛ لأن التقييد بمعنى الشرط، لأنه لم يشترط فى تحريم الأم دخولاً ولا غيره.

وقوله رضى الله عنه: «**وإنما الشرط فى الربائب**» إنما ورد فى الربائب فى قوله

١١٠١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٣.

تعالى: ﴿**وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن**﴾، فقيد تحريم ذلك بالدخول بالأم، فبقيت غير المدخول بها داخلة تحت عموم قوله تعالى: ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم**﴾ [النساء: ٢٤].

وهذا الذى ذهب إليه زيد بن ثابت هو قول عمران بن حصين وابن عمر وطاوس والزهرى والحسن البصرى. وبه قال مالك والثورى وأبو حنيفة والشافعى.

وروى عبد الرزاق عن ابن عباس أنه قال: يجوز أن يتزوج الأم إن لم يدخل بالبنت، وبه قال على بن أبى طالب رضى الله عنه وابن الزبير ومجاهد. وروى عن زيد بن ثابت أنه قال: إن طلقها قبل الدخول، جاز له أن يتزوج أمها، وإن ماتت قبل البناء بها لم يجز له ذلك.

وقد أنكر هذه الرواية عنه القاضى، قال: وهى من رواية قتادة عن سعيد بن المسيب عنه، قال: وقد سمعت على بن المدينى يضعف فى حديث قتادة عن سعيد، وقال: أحسب أن بينهما رجلاً لأنه يخالف أصحاب سعيد.

والدليل على ما قدمناه قوله تعالى: ﴿**وأمهات نسائكم**﴾، ولم يخص مدخولا بابنتها من غيرها، فيجب حمله على عمومه إلا ما خصه الدليل.

فإن قيل فإنه قد شرط فى الربائب بعد هذا الدخول، فقال:﴿**وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم**﴾، والشرط إذا وردت عقبه جمل، وجب تعلقه بجميعها كالاستثناء.

والجواب أنه إنما يجوز ذلك إذا صح أن يكون الكلام راجعًا إلى جميع المعطوف بعضه على بعض، فإذا لم يصح، ولم ينتظم عليه الكلام، فإنه يرجع إلى ما يصح منه دون غيره، ولا يصح فى مسألتنا أن يكون الشرط متعلقًا بجميع ما تقدم من اللفظ، ولا بالموضع المختلف فيه.

وأما امتناعه فى موضع الخلاف، فإن النساء فى قوله: ﴿**وأمهات نسائكم**﴾ مخفوض بالإضافة، والنساء فى قوله: ﴿**وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم**﴾، مخفوض بحرف الجر، فلا يجوز أن يكون قوله: ﴿**اللاتى دخلتم بهن**﴾ [النساء: ٢٣]، نعتًا لهما لاختلاف العامل فيهما هذا قول البصريين من النحاة، وإن كان قد أجازه الكوفيون لاتفاقها فى الخفض.

وما قاله البصريون أولى لأن الصفة تتبع الموصوف فى المعنى واللفظ، فيجب أن يكون العامل فى الموصوف عاملاً فى الصفة، ولذلك إذا قلت: هذا غلام زيد العاقل، وإن كان خفض زيد بالإضافة، فخفض العاقل بذلك أيضًا؛ لأنه يصح أن يقول: هذا غلام العاقل، ولو لم يصح ذلك لم يصح كونه وصفًا له.

وإذا قلت خذ من عمرو الكريم درهمًا، فإن الكريم أيضًا وصف لعمرو، لأنه يصح أن يحل محله، فتقول خذ من الكريم درهمًا، فإذا أردت أن تقول: هذا غلام زيد وخذ من عمرو درهمًا الكريمين، لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن يحل محل زيد المضاف والعامل فيه «من» ولا يجوز أن يحل محل عمر والمخفوض «بمن» والعامل فيه الإضافة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد تقدم قبل هذا أن من يحرم الجمع بينهما على ضربين، أحدهما: يحرم الجمع بينهما، ولا تحرم المعاقبة بينهما، وهن ذوات المحارم اللاتى ليس لبعضهن على بعض ولادة. والضرب الثانى: يحرم الجمع والمعاقبة بينهما، وهن ذوات المحارم اللاتى لبعضهن على بعض ولادة، كالأم مع بنتها، والجدة مع جدتها، فهؤلاء لا خلاف فى أن وطء إحداهن على وجه شبهة النكاح، يحرم الأخرى على التأبيد، وهل يحرمها العقد بمجرده يختلف حكمهن وسنبينه بعد هذا، إن شاء الله.

١١٠٢ - مَالِك، عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ اسْتُفْتِيَ وَهُوَ بِالْكُوفَةِ عَنْ نِكَاحِ الأمِّ بَعْدَ البنت إِذَا لَمْ تَكُنْ البنت مُسَّتْ فَأَرْخَصَ فِي ذَلِكَ، ثُمَّ إِنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ قَدِمَ الْمَدِينَةَ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ فَأُخْبِرَ أَنَّهُ لَيْسَ كَمَا قَالَ: وَإِنَّمَا الشَّرْطُ فِي الرَّبَائِبِ، فَرَجَعَ ابْنُ مَسْعُودٍ إِلَى الْكُوفَةِ، فَلَمْ يَصِلْ إِلَى مَنْزِلِهِ حَتَّى أَتَى الرَّجُلَ الَّذِي أَفْتَاهُ بِذَلِكَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُفَارِقَ امْرَأَتَهُ.

الشرح: قوله: **«أن عبد الله بن مسعود استفتى، وهو بالكوفة»** يريد والله أعلم، أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أرسله إلى الكوفة ليعلمهم العلم، ويفتى بينهم، فاستفتى هناك عن هذه القضية فى نكاح الأم بعد الابنة، إذا لم تكن الابنة مست، فأرخص فى ذلك.

وقد قال القاضى أبو إسحاق: وأنا أحسب أن الذين ذهبوا إلى أن أمهات الزوجات مثل الربائب، إنما ذهبوا إلى قياس بعض ذلك على بعض، من غير أن يكون النص يوجبه،

١١٠٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٤.

يريد أن النص لا يحتمل هذا التأويل، ولا يجوز حمله على ذلك فى لغة العرب، فيحتمل أن يكون عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أفتى فى ذلك قياسًا على الربائب، وقد تقدم الكلام على ذلك من وجه القياس بما يغنى عن إعادته.

فصل: وقوله: «**إن عبد الله بن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك**» يحتمل أن يكون سأل عن ذلك مع اعتقاده صحة ما أفتى به ليعلم موافقة علماء المدينة له أو مخالفتهم إياه، فقد يفعل ذلك الإنسان فيما يعتقد صحته من مسائل الفروع ليعلم ما عند غيره من العلماء فى ذلك، ويحتمل أن يكون قد ظهر إليه وجه المسألة، فشك فى فتواه عند توجهه إلى المدينة، فسأل عن ذلك غيره ليظهر له حكم المسألة، وكان أهل المدينة لكثرة العلماء بها يرجع إليهم أهل الفتاوى؛ لأن الحق لا يكاد يخفى عن جماعة العلماء مع البحث والنظر؛ لأن ما قصر عنه أحدهم استدركه سائرهم، وأما الواحد فقد يتعذر عليه بلوغ المراد من النظر فى بعض الأوقات.

فصل: وقوله: «**فأخبر أنه ليس كما قال وإنما الشرط فى الربائب**» يريد أنه ليس الأمر كما قال فى حكمه للأم بعد العقد بمثل حكمه للبنت بعد العقد على الأم من اعتبار الدخول بالأولى، وذلك أن شرط اعتبار الدخول إنما يختص بالربائب دون أمهات النساء، على ما قدمناه.

فصل: وقوله: «**فرجع ابن مسعود إلى الكوفة فلم يصل إلى منزله حتى أتى الرجل الذى أفتاه بذلك فأمره أن يفارق امرأته**» يريد تعجيل أمره له بالفراق، وإخباره بما يجب فى ذلك، وتقديمه على الوصول إلى منزله.

وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون عبد الله بن مسعود قد ظهر إليه وجه الصواب فى خلاف ما أفتى به، فتعجل استدراك الأمر فى المستقبل والمبادرة إلى منعه استدامة نكاح من محرم عليه، والثانى: أن يكون عبد الله بن مسعود باقيًا على مذهبه، غير أن الحكم إنما يجرى على رأى الإمام، فلزمه الرجوع إلى قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه، والأخذ به، وحمل الناس عليه، وكذلك كل ما اختلف فيه العلماء، فإن الرجوع فيه فى كل عصر من الأعصار إلى إمام ذلك العصر، إذا ظهر ذلك إليه ووقع فيه الاختلاف.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ تَكُونُ تَحْتَهُ الْمَرْأَةُ ثُمَّ يَنْكِحُ أُمَّهَا فَيُصِيبُهَا: إِنَّهَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ وَيُفَارِقُهُمَا جَمِيعًا، وَيَحْرُمَانِ عَلَيْهِ أَبَدًا إِذَا كَانَ قَدْ أَصَابَ الأُمَّ، فَإِنْ لَمْ يُصِبِ الأُمَّ لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ وَفَارَقَ الأُمَّ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن نكاح المرأة على ابنتها حرام، فإذا وطئها حرمت عليه الأمة لوطئه أمها، وحرمت عليه الأم لعقده نكاح ابنتها قبلها، فحرمتا عليه جميعًا تحريمًا مؤبدًا، وإن لم يكن أصاب الأم فارقها، لأنها حرام عليه لتقدم نكاح ابنتها، وبقى على نكاح البنت؛ لأنه لم يوجد من وطء الأم، والالتذاذ بها ما يحرمها.

ونكاحها يكون على وجهين، أحدهما: أن يعقد عليهما عقدًا واحدًا. والثانى: أن ينكح إحداهما بعد الأخرى، فإن تزوجهما فى عقد واحد، وقد سمى لكل واحدة منهما صداقًا، فلا يخلو أن لا يدخل بواحدة منها أو أن يدخل بإحداهما.

فإن لم يكن دخل بواحدة منهما، ففى المدونة من قول مالك: يفسخ النكاح، ولا يقر على واحدة منهما.

ووجه ذلك أنه عقد معاوضة لا يصح إمضاؤه على وجهه لفساده، فوجب إبطال جميعه. أصل ذلك إذا ابتاع ثوبًا وخنزيرًا فى عقد واحد.

فرع: وهل له أن يتزوج الأم منهما؟ قال ابن القاسم فى المدونة: له ذلك. قال سحنون: وقد قيل أنه لا يتزوجها.

وجه القول الأول أنه لم يوجد وطء شبهة، ولا عقد نكاح صحيح، وإنما ينشر الحرمة أحد هذين الأمرين، وطء الشبهة أو العقد الصحيح، فأما العقد الفاسد بمجرده، فلا تأثير له فى ذلك كما لا يؤثر فى استحقاق شىء من المهر.

ووجه قول سحنون أن المؤثر فى الحرمة أمران، العقد والوطء، ثم ثبت وتقرر أن وطء الشبهة ينشر الحرمة، فكذلك عقد الشبهة.

فرع: فإن دخل بإحداهما، وكانت البنت هى المدخول بها، فإن الأم يتأبد تحريمها، ويفرق بينه وبين البنت، ويستقل نكاحًا إن شاء بعد الاستبراء، وإن دخل بالأم تأبد تحريم البنت وفسخ نكاح الأم، وكان له أن يتزوجها بعد الاستبراء. وعلى رواية سحنون يتأبد تحريم الأم أيضًا، فإن دخل بها تأبد تحريمها، قال ذلك كله مالك فى المدونة.

ووجهه أن وطء كل واحدة منهما بشبهة نكاح، يؤبد تحريم الأخرى.

مسألة: ولو أفرد كل واحدة بالعقد، فتزوج الأم أولاً، ثم البنت، ولم يدخل بواحدة منهما، فإنه يفرق بينه وبين البنت، ويثبت على نكاح الأم، ولو بنى بالبنت لحرمت الأم

على التأبيد، وفرق بينه وبين البنت، وكان له أن يتزوجها إن شاء، فإن بنى بها حرمت عليه على التأبيد، قال ذلك كله مالك فى المدونة.

ووجه ذلك أن العقد على الأم لا يحرم البنت، ولا يبطل إلا بوطء البنت، ووطء الأم يؤبد تحريم البنت، ووطء البنت بشبهة النكاح يؤبد تحريم الأم.

مسألة: فإن تزوج البنت أولاً، ثم تزوج أمها، فلم يبن بواحدة منهما، فقد تأبد تحريم الأم بالعقد الصحيح على البنت، ويفسخ نكاح الأم، ويثبت نكاح البنت.

وكذلك لو بنى بالبنت دون الأم، فإن وطئ الأم أو وطئهما، فقد تأبد تحريمهما، لأن بالعقد الصحيح تأبد تحريم الأم، وبوطء الأم بشبهة النكاح، تأبد تحريم البنت.

وقَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ ثُمَّ يَنْكِحُ أُمَّهَا فَيُصِيبُهَا: إِنَّهُ لا تَحِلُّ لَهُ أُمُّهَا أَبَدًا، وَلا تَحِلُّ لأَبِيهِ وَلا لابْنِهِ، وَلا تَحِلُّ لَهُ ابْنَتُهَا وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ.

الشرح: قول مالك: «**فى الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فأصابها، فإنه لا تحل له أمها**» وذلك يحتمل معنيين، أحدهما: أن يكون الضمير فى قوله: «أمها» راجعًا إلى البنت، فيكون معنى ذلك إن تزوج الأم آخرًا، وأصابها، لا تحل أبدًا.

وهذا قد تقدم القول فيه؛ لأن عقده على البنت، قد حرم عليه الأم على التأبيد، فإصابته إياها بالعقد الذى أحدثه بعد ذلك، لا يزيل ما تأبد من التحريم. والوجه الثانى: أن يكون الضمير فى قوله: «فأصابها» راجعًا إلى الأم المتزوجة آخرًا، ويكون المراد بالأم فى قوله: «أمها» جدة البنت المتزوجة أولاً، وهذا أيضًا قد ثبت لأم الأم بالعقد على ابنة ابنتها، فلا يزيده عقده على ابنتها وبناؤه بها إلا تأكيد التحريم.

فصل: وقوله: «**ولا تحل لأبيه ولا لابنه**» وذلك أنها فى حق الأب من حلائل الأبناء، وفى حق الابن مما للأب من النساء، وقد وجد منه معنيان مؤثران فى تحريم المصاهرة، ومنها العقد والوطء، فأما العقد، فعلى ضربين، مباح ومحظور.

فأما المباح، فلا خلاف أن له تأثيرًا فى تحريم المصاهرة، فإذا عقد الرجل عقد نكاح مباح على المرأة، فقد حرمت على أبيه وابنه. والأصل فى ذلك ما قدمناه. وولد الولد، وإن سفل، وولد البنت وإن سفل، فى ذلك بمنزلة الابن وأبو الأب وأبو الأم، وإن علا، فى ذلك بمنزله الأب والرضاع فى ذلك كله بمنزلة النسب فى تحريم حلائل الأبناء، وما نكح الأباء من النساء.

مسألة: وأما العقد المكروه، وهو المختلف فى جوازه، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: فمن عقد نكاحًا مختلفًا فيه، ثم فسخ قبل البناء أنه لا يجوز لابنه أن يتزوجها.

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: إن النكاح الفاسد على وجهين، أحدهما: ما يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده كنكاح الشغار، الذى سمى مهرًا، والنكاح بالصداق المجهول أو إلى أجل غير مسمى أو إلى موت أو فراق أو النكاح بالخمر والخنزير، فإن هذا كله إذا نعقد به النكاح حرمت الزوجة على أبى الزوج وابنه، وإن كان النكاح محرمًا فى كتاب الله تعالى أو سنة رسوله كنكاح الخامسة، والنكاح فى العدة، ونكاح الأخت على الأخت، ونكاح المرأة على عمتها بنسب أو رضاع، ونكاح التحليل، ونكاح السر، فإن المرأة بذلك لا تحرم على أبى الزوج ولا على ابنه.

مسألة: فى حكم الوطء بنكاح أو ملك يمين أو زنى، فأما الوطء بالنكاح، فإنه ينشر الحرمة على كل حال، حلالاً كان أو حرامًا، ولذلك قلنا إن تزوج الأم على ابنتها حرام، لا خلاف فيه بعد البناء، ومع ذلك فإن أصابت الأم فيه تحرم البنت.

فرع: والالتذاذ بالمرأة يجرى فى التحريم مجرى المسيس، وقد أشار إليه ابن حبيب فى روايته عن مالك فى واضحته.

ووجه ذلك أنه يحرم الربائب، فوجب أن يحرم حلائل الأبناء وحلائل الآباء كالوطء.

قَالَ مَالِك: فَأَمَّا الزِّنَا فَإِنَّهُ لا يُحَرِّمُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ لأنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿**وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ**﴾ [النساء: ٢٣] فَإِنَّمَا حَرَّمَ مَا كَانَ تَزْوِيجًا، وَلَمْ يَذْكُرْ تَحْرِيمَ الزِّنَا، فَكُلُّ تَزْوِيجٍ كَانَ عَلَى وَجْهِ الْحَلالِ يُصِيبُ صَاحِبُهُ امْرَأَتَهُ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ التَّزْوِيجِ الْحَلالِ، فَهَذَا الَّذِى سَمِعْتُ، وَالَّذِى عَلَيْهِ أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا.

الشرح: قد مضى الكلام فيما يجب من التحريم بالوطء على وجه النكاح، وأما الوطء على وجه الزنى، فقد اختلف قول مالك فيه، فقال فى الموطأ: إن الزنى لا يحرم شيئًا من ذلك، وبه قال الشافعى، وهو قول ابن عباس وعروة بن الزبير وأبى ثور.

وروى ابن القاسم عن مالك فيمن زنى بأم امرأته أو بابنتها: أنه يفارق امرأته، ولا يقيم عليها. قال ابن القاسم: وكذلك عندى إذا زنى الرجل بامرأته لم ينبغ لأبيه أن يتزوجها أبدًا، وبه قال أبو حنيفة وعطاء والشعبى والثورى وأحمد.

والدليل على صحة رواية الموطأ قوله تعالى: ﴿**حرمت عليكم أمهاتكم**﴾ [النساء:

٢٣]، إلى آخر الآية ثم قال جل وعز: ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم**﴾ [النساء: ٢٤]، ولم يذكر الزنى فى جملة ما وقع به التحريم.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا وطء لا يثبت به التحريم المؤقت، فلم يثبت به التحريم المؤبد كاللواط. قال القاضى أبو الحسن: يريد بالتحريم المؤقت العدة.

ودليل ثان، أن الحرمة حكم من أحكام النكاح الصحيح، فلم تثبت بالزنى كالإحصان والنفقة وإسقاط الحد، استدلوا بقوله تعالى: ﴿**ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء**﴾ [النساء: ٢٢]، وصيغة النكاح فى الوطء موضوع للوطء، فالظاهر يقتضى لعمومه أن كل امرأة وطئها الأب، فقد نهى عن وطئها ابنه.

والجواب أنه لا يجوز اعتبار هذا بالوطء الصحيح، وإن استويا فى فساد الصوم كما لا يجوز اعتباره به فى التحريم المؤقت، وثبوت النسب، ووجوب النفقة. وجواب آخر، وهو أن الأكل يجرى مجراه فى فساد الصوم، واللواط يجرى مجراه فى إفساد الحج، ولا ينشر شيء من ذلك الحرمة.

فصل: وقول مالك، رحمه الله: «**لأن الله تعالى يقول: ﴿وأمهات نسائكم﴾ فإنما حرم ما كان تزويجًا، ولم يذكر تحريم الزنى**»، يريد مالك رحمه الله، أن لفظ النساء إنما يخرج فى العرف والعادة إلى الزوجات، دون من يصاب من النساء على وجه الزنى؛ لأن لفظ النساء واقع على كل أنثى.

ومعلوم أنه لم يرد ذلك لثلاثة أوجه، أحدها: أنه قال: ﴿**وأمهات نسائكم**﴾ وأمهات النساء من النساء، فلا يصح أن يراد بلفظ النساء جماعة النساء. والوجه الثانى: أنه لو أراد بذلك جماعة النساء؛ لحرمت كل امرأة لها بنت، وهذا باطل بإجماع. والوجه الثالث: أن عرف الاستعمال جار على أن إضافة المرأة إلى الرجل، تقتضى كونها زوجة له، فإذا قال إنسان: هذه من نساء فلان، فهم منه أنها من زوجاته. وكذلك إذا قال هذه: امرأة فلان، فهم منه أنها زوجته، ولذلك قال تعالى: ﴿**يا نساء النبى لستن كأحد من النساء**﴾ [الأحزاب: ٣٢]، والمراد بذلك أزواجه ﷺ وعلى هذا قال مالك، رحمه الله: إن المراد بقوله تعالى: ﴿**وأمهات نسائكم**﴾ تحريم أمهات الزوجات.

قال: ولم يذكر تحريم الزنى، يريد لم يتناوله ذكر التحريم، ويحتاج فى إباحته إلى زيادة، وهو أنه إذا لم يتناوله التحريم، فيجب أن يتوقف فيه، حتى توجد أدلة الشرع

من غير الآية بما يحرمه أو يبيحه. وقد تقدم ما يتعلق به في الإباحة والتحريم، وهذا على قول من لا يقول بدليل الخطاب.

وأما على قول من يقول بدليل الخطاب، فإنه يصح تعلقه بالآية من جهة دليل الخطاب، وذلك أنه لما علق التحريم على أمهات الزوجات، دل ذلك على انتفائه من أمهات غير الزوجات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالوطء على ثلاثة أقسام، مباح، ومحرم، ووطء شبهة. فأما المباح والمحرم، فقد بينا حكمهما في هذا الباب. وأما وطء الشبهة، فقد بلغني عن الشيخ أبي عمران أنه قال: لا نعلم بين أصحابنا خلافًا في أنه يحرم الأم والبنت. وروى يحيى بن عمر عن سحنون: أنه إذا وطئ ابنته في الليل يظنها زوجته، لم تحرم عليه زوجته.

فرع: إن قلنا إن الوطء على وجه الزنى لا يحرم الأم والابنة. فقد قال بعض الصقليين فيمن مر بيده على فخذ ابنته، يظنها امرأته: تحرم عليه زوجته، ولو علم أنها ابنته، وتعمد ذلك دخله الخلاف فيمن زنى بختنه، هل تحرم امرأته.

وبلغني عن الشيخ أبي عمران أنه قال: إن كانت الملموسة ممن يمكن أن يتلذذ بها، حرمت عليه امرأته لأننا لا نعلم خلافًا بين أصحابنا في وطء الشبهة أنه تحرم.

واختلف في ذلك قول الشيخ أبي محمد، وكان أبو سعيد بن هشام وأبو القاسم بن شبلون وأبو القاسم الطائي يقولون: لا يقع بهذا تحريم.

فصل: وقوله، رحمه الله: «**وكل تزوج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال**» يريد أنه إذا كان عقد التزويج على وجه النكاح المباح، وإن لم يكن مباحًا في نفسه، لكنه قصد به النكاح، فإن إصابة الزوجة فيه تنشر من الحرمة ما تنشر الإصابة من التزويج الحلال.

وقد قال ابن حبيب: وكل وطء حرام في هذا الباب أو غيره كان بنكاح شبهة أو جهالة، فالحد فيه ساقط، والولد فيه لاحق، وما كان يتعمد بغير وجه شبهة نكاح ولا ملك، فالحد فيه واقع، والولد ساقط. ومعنى ذلك عندي أن يتزوج، وهو يعلم أن ما يعقده لا يستباح به البضع، والله أعلم.

* * *

نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه مما يكره

قَالَ مَالِك فِي الرَّجُلِ يَزْنِي بِالْمَرْأَةِ، فَيُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ فِيهَا: إِنَّهُ يَنْكِحُ ابْنَتَهَا وَيَنْكِحُهَا ابْنُهُ إِنْ شَاءَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ أَصَابَهَا حَرَامًا، وَإِنَّمَا الَّذِي حَرَّمَ اللَّهُ تعالى مَا أُصِيبَ بِالْحَلالِ أَوْ عَلَى وَجْهِ الشُّبْهَةِ بِالنِّكَاحِ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿**وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ**﴾ [النساء: ٢٢].

قَالَ مَالِك: فَلَوْ أَنَّ رَجُلا نَكَحَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا نِكَاحًا حَلالا، فَأَصَابَهَا، حَرُمَتْ عَلَى ابْنِهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، وَذَلِكَ أَنَّ أَبَاهُ نَكَحَهَا عَلَى وَجْهِ الْحَلالِ لا يُقَامُ عَلَيْهِ فِيهِ الْحَدُّ وَيُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ الَّذِي يُولَدُ فِيهِ بِأَبِيهِ، وَكَمَا حَرُمَتْ عَلَى ابْنِهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا حِينَ تَزَوَّجَهَا أَبُوهُ فِي عِدَّتِهَا وَأَصَابَهَا، فَكَذَلِكَ يَحْرُمُ عَلَى الأبِ ابْنَتُهَا إِذَا هُوَ أَصَابَ أُمَّهَا.

الشرح: قوله رحمه الله: «**في الرجل يزني بالمرأة، فيقام عليه الحد فيها، أنه ينكح ابنتها**» على ما تقدم من أن وطء الزنا لا ينشر الحرمة، وإن زنى بامرأة، فله أن يتزوج ابنتها، سواء أقيم عليه الحد في أمها أو لم يقم، ولا يخلو أن تكون ابنتها مخلوقة من غير مائه أو مخلوقة من مائه، فإن كانت مخلوقة من غير مائه مثل أن تكون ابنة من غيره، من نكاح أو سفاح، فهو الذي تقدم القول فيها أنها لا يجوز له أن يتزوجها، وقد تقدم من قول مالك في المدونة والواضحة: أن من زنى بالأم حرمت عليه ابنتها، وتقدم الكلام في ذلك يغني عن إعادته.

فرع: فإن قلنا بالمنع من ذلك، فتزوج البنت بعد الزنى بالأم، فقد قال ابن القاسم في المدونة: تفارقه، ولم يقل يقضي عليه بذلك. وقال ابن المواز: إنه لا ينبغي له ذلك، فإن فعل، جاز، ولم أحكم عليه بالفراق، وقد كرهه مالك وأجازه.

فصل: وإذا قلنا بالإباحة، وكانت البنت مخلوقة من مائه، مثل أن يكون زنى بها، فحملت منه وولدت جارية، فأراد أن يتزوجها، فقد حكى القاضي أبو الحسن أن ذلك جائز له، قال: وبه قال الشافعي.

وهذا الى قاله القاضي أبو الحسن قد قال به من أصحابنا المتقدمين عبد الملك بن الماجشون.

وقال أبو حنيفة: هي حرام عليه لا يجوز له أن يتزوجها. **واختلف أصحابه في علة**

التحريم، فبعضهم يقول: حرمت عليه؛ لأنها ربيبة بنت امرأة وطئها بزنا، والزنا عندهم يحرم عليه الأم والبنت، وينشر تحريم المصاهرة، فعلى هذه العلة يجوز لأخي الزاني أن يتزوجها، وكان أبو بكر الرازى، يقول: إنها حرمت عليه؛ لأنها ربيبة وخلقت من مائه، فعلى هذه العلة لا يجوز لأخي الزاني أن يتزوجها؛ لأنه عمها.

ودليلنا أن هذا معنى لا يوجب نسبًا ولا تحريم مصاهرة، فلم يمنع النكاح بين الأحرار. والمشهور من المذهب أن ذلك غير جائز.

قال سحنون فى قول ابن الماجشون: هذا خطأ صراح: وما علمت من قاله من أصحابنا معه. وقال ابن المواز: لا يتزوج ابنته من الزنا، وأباه أصبغ وابن عبد الحكم فى ظني ومكروهه بين.

ووجه ذلك أنها من زنا محرم الولد على من ولده كالولد على الأم، وهو معنى ما تقدم من أنها خلقت من مائه.

فصل: وقوله: «**وينكحها ابنه إن شاء**» يريد لأنه أصابها حرامًا. وقد قال فى المدونة: ليس لابنه أن يتزوجها، وقد تقدم الكلام فى مثل ذلك.

فصل: وقوله: «**وإنما الذى حرم الله تعالى ما أصيب بالحلال على وجه شبهة النكاح**» يريد أن ما كان من الوطء على هذا الوجه، فهو الذى يقع به التحريم من جهة المصاهرة دون ما يكون من لفظ الحرام، ويقتضى قوله ذلك، أن الوطء فى شبهة النكاح حلال، ولذلك قال: ما أصيب بالحلال على وجه شبهة النكاح.

ومعنى ذلك أنه حلال من جهة القصد، ولو أن رجلاً تزوج امرأة بشبهة نكاح، فوطئها حائضة أو محرمة أو صائمة لنشر هذا الوطء عندى الحرمة، وإن لم يكن مباحًا، بل هو وطء حرام محظور، لكن تحريمه ليس لتعريه عن شبهة النكاح، وإنما هو بمعنى غيره، والله أعلم.

فصل: وقول مالك، رحمه الله تعالى: «**قال الله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾**»، وهذه الآية ذكر القاضى أبو إسحاق عن جماعة من أهل العلم، أن عقد الرجل على المرأة يحرمها على ابنه دون استمتاع ولا بناء، وهو مذهب مالك. وإنما يراعى الاستمتاع والوطء فى العقد الفاسد. وقال القاضى أبو إسحاق فى قوله تعالى: **﴿إلا ما قد سلف﴾** [النساء: ٢٢]، يريد والله أعلم قبل التحريم، فهم غير مؤاخذين به، والله أعلم.

فصل: «**فلو أن رجلا نكح امرأة فى عدتها نكاحًا حلالاً**» يريد أن عقد النكاح وقع على الوجه المباح، وجود الولى والإيجاب والقبول وصحة المهر، وغير ذلك من شروط الصحة وأوصافها، فإن لم يكن مباحًا من جهة العدة. قال: «**فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها**». ووجه ذلك أن الوطء وجد منه فى شبهة النكاح، فأوجب ذلك تحريم الموطوءة على ابن الواطئ.

قال مالك: «**وذلك أن أباه نكحها على وجه الحلال، لا يقام فيه الحد، ويلحق به الولد الذى يولد فيه بأبيه**» يريد أن أحكام النكاح الصحيح ثابتة فى هذا النكاح إذا أصيب به، وإن كان فاسدًا لمصادفة زمن من العدة، وتحريم المصاهرة من أحكام النكاح الصحيح، فوجب أن يثبت بالإصابة فيه، وإنما يريد أنه غير عالم بأنها معتدة أو عالم بالتحريم.

فأما إذا كانا عالمين بالتحريم، فإن حكمه عندى يحتمل من الخلاف ما ذكر قبل هذا فى تحريم التأبيد، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه فى عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها إذا هو أصاب أمها**» يريد أن ثبوت بعض التحريم فى هذا النكاح، يقتضى ثبوت سائره.

* * *

جامع ما لا يجوز من النكاح

١١٠٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الشِّغَارِ.

وَالشِّغَارُ أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ ابْنَتَهُ، لَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ[1].

١١٠٣ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٢٠. ومسلم فى النكاح ٢٥٣٧. والترمذى فى النكاح ١٠٤٣. والنسائى فى النكاح ٣٢٨٠، ٣٢٨٢. وأبو داود فى النكاح ٣٢٨٠، ٣٢٨٣.

(١) قال السيوطى: قال الشافعى: لا أدرى هذا التفسير من كلام النبى ﷺ أو ابن عمر أو نافع أو مالك حكاه البيهقى فى المعرفة. وقال الخطيب وغيره هو قول مالك وصله بالمتن المرفوع، بين ذلك ابن مهدى والقعنبى ومحرز بن عون فيما أخرجه أحمد، وقال الحافظ ابن حجر: الذى تحرر أنه من قول نافع بينه يحيى بن سعيد القطان عن عبيد الله بن عمر قال: قلت: لنافع ما الشغار فذكره. انظر: تنوير الحوالك ٢/٨.

قوله: «**إن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح الشغار**»(٢) هو النكاح المذكور في الحديث، وهذا يقتضي تحريم نكاح الشغار وفساده، فيجب إن وقع أن يفسخ.

قال الشيخ أبو الحسن: إنما اختلف قول مالك في الشغار لاختلاف الناس في معنى الشغار؛ لأن المتفق عليه من لفظ الحديث هو قوله: نهى عن الشغار، وباقي الحديث يجعلونه من تفسير نافع.

قال الشيخ أبو عمر: لا خلاف في المنع من العقد، وإنما الخلاف في فسخه لاختلافهم في أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، والله أعلم. وبقول مالك فيه قال عطاء والشافعي وروى عن أنس. وقال أبو حنيفة: الشغار جائز، وفيه مهر مثل.

والدليل على ما نقوله نهيه ﷺ عن الشغار، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه. ودليلنا من جهة القياس أن هذا ملك بضع ابنته شخصين الناكح وابنته، وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج ابنته من رجلين.

فرع: إذا قلنا إنه يفسخ إن وقع، ففي المدونة عن ابن القاسم أنه يفسخ قبل البناء وبعده، وإن ولدت الأولاد. قال: وقال مالك: يفسخ على كل حال. وقد روى علي بن زياد عن مالك في غير المدونة: يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعده.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والأظهر عندي أن يكون الخلاف في هذا مبنيًا على اختلاف قول مالك في فسخ النكاح بغير مهر بعد البناء، وقد أشار إليه القاضي أبو إسحاق، وقد يحمل عليه غير هذا مما نبينه، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا لم يكن في الجنبتين ذكر مهر، فإن كان فيهما ذكر مهر مثل أن يقول: أزوجك ابنته بمائة، على أن تزوجني ابنتك بمائة، فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز.

---

(٢) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٩٣/٧: للشغار في اللغة معنى لا مدخل له هاهنا، وذلك أنه مأخوذ عندهم من شغر الكلب إذا رفع رجله للبول، وذلك زعموا، لا يكون منه إلا بعد مفارقة حال الصغر إلى حال يمكن فيها طلب الوثوب على الأنثى للنسل، وهو عندهم للكلب إذا فعله علامة بلوغه إلى حال الاحتلام من الرجال، ولا يرفع رجله للبول إلا وهو قد بلغ ذلك المبلغ، يقال: منه شغر الكلب يشغر شغرًا، إذا رفع رجله فبال أو لم يبل، ويقال: شغرت بالمرأة أشغرها شغرًا إذا رفعت رجليها للنكاح. فهذا معنى الشغار في اللغة؛ وأما معناه في الشريعة، فأن ينكح الرجل رجلاً وليته على أن ينكحه الآخر وليته بلا صداق بينهما، على ما قاله مالك، وجماعة الفقهاء.

وفى المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن أبى حازم، فى الرجل يزوج الرجل ابنته، وينكحه الآخر ابنته، ويضع كل واحد منهما من الصداق لصاحبه: أنه لا بأس بذلك، ولو وضعا الصداق كله كان شغارًا.

ووجه القول الأول أنه قد جعل بضع كل واحدة من البنتين ملكا للزوج الذى تزوجها والبنت الأخرى ملك الزوج بالنكاح وملكته الأخرى؛ لأنه بعض مهرها، وذلك يمنع صحة النكاح.

ووجه الرواية الثانية أنه قد سمى لكل واحدة من البضعين ما يصح أن يكون مهرًا، فخرج بذلك عن أن يكون الآخر عوضًا منه، فصح العقد، والله أعلم.

فإذا قلنا برواية المنع، ففى المدونة أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده. والفرق بينه وبين حقيقة الشغار إذا قلنا بقول ابن القاسم، أنه يفسخ بعد البناء، أن فى العقد ما يصح أن يكون مهرًا وشرطًا، يكون معه ما لا يصح أن يكون مهرًا، فدخل الفساد بذلك فى المهر، وحكم ذلك أن يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، وأما إذا عرا عن المهر، فالفساد فى العقد لما قدمناه، والله أعلم.

مسألة: فإن سمى إحداهما مهرًا، ولم يسم للأخرى مهرًا، مثل أن يقول: أزوجك ابنتى بمائة، على أن تزوجنى ابنتك دون مهر، فسخ العقدان قبل البناء، ويفسخ بعد البناء عقد التى لم يسم لها مهر، ويثبت عقد الأخرى.

ووجه ذلك ما قدمناه من الفرق بين التى سمى لها مهر، والتى لم يسم لها مهر، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالفساد دخل فى النكاح لفساد العقد ولفساد المهر، فأما فساد العقد، فمثل نكاح المتعة، ونكاح الشغار على أحد القولين، فإذا تعلق الفساد بالنكاح لعقده فسخ قبل البناء وبعده، ووجب فيه بالدخول المهر المسمى.

وفى المدونة فى النكاح الذى ينعقد على الخيار، روايتان، إحداهما: يفسخ قبل البناء وبعده. والثانية: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، والفساد فى هذا النكاح من جهة العقد، فيجب أن يكون ذلك على روايتين، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته»** ظاهره أنه من جملة الحديث، وعليه يحمل حتى يرد ما يبين أنه من قول الراوى، وقد تقدم الكلام فيه.

مسألة: والشغار فى الأختين كالشغار فى الابنتين والأمتين، وهو ظاهر المدونة. وقد قال بعض الناس: إن ذلك يختص بالابنتين البكرين، وهما من لا يعتبر برضاه فى النكاح، ويجبر عليه.

وأما من يعتبر رضاه، فلا يدخله الشغار، وإنما هى كالتى تتزوج بغير صداق، فيفسخ البناء، ويثبت بعده، على الاختلاف فى ذلك. وفى المدونة: إثبات حكم الشغار فى المولاتين، والمولاتان لا يجبران على النكاح، ولو سلم له ما قاله للزمه أن لا فرق بين نكاح الشغار وبين النكاح بغير صداق من الوجه الذى ذكره؛ لأن الخلاف فى فسخ نكاح الشغار بعد البناء موجود كما هو فى فسخ النكاح، والله أعلم.

١١٠٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَمُجَمِّعِ بن يَزِيدَ بْنِ حارثة الأَنْصَارِىِّ، عَنْ خَنْسَاءَ بِنْتِ خِدَامٍ الأَنْصَارِيَّةِ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِىَ ثَيِّبٌ فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَدَّ نِكَاحَهُ.

الشرح: قوله: «**إن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك**» يريد أن أباها عقد نكاحها، وهى ثيب دون أن يستأذنها، وذلك يكون على ضربين، أحدهما: أن يعقد نكاحها، ويوقفه على إجازتها، والثانى: أن يعقد نكاحها ويلزمها إياه، وإن كرهت ذلك.

فأما النكاح الموقوف، فقد حكى القاضى أبو الحسن أن قول مالك اختلف فيه، فأجازه مرة إذا أجيز بالقرب. وقال مرة: إنه لا يجوز. وقال أبو حنيفة فى النكاح الموقوف: ينعقد ويقف على الإجازة، فإن وجدت الإجازة صح ونفذ، وإن لم تقع الإجازة بطل كقولنا. وقال الشافعى: النكاح الموقوف بوجه.

والدليل على صحة جواز النكاح الموقوف من جهة القياس أن يكون النكاح موقوفًا على إجازة مجيز لا يمنع صحته. أصل ذلك إذا كان موقوفًا على القبول. ودليل ثان أن هذا عقد يصح أن يقف على الفسخ، فجاز أن يقف على الإجازة كعقد الوصية.

مسألة: إذا قلنا بصحة النكاح الموقوف، فصفة النكاح الموقوف الذى ذكره أصحابنا

١١٠٤ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٤٣. والنسائى فى النكاح ٣٢١٤. وأبو داود فى النكاح ١٧٩٧. وابن ماجه فى النكاح ١٨٦٣. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٥٦٠. والدارمى فى النكاح ٢٠٩٥، ٢٠٩٦.

فى المدونة وغيرها أن يعقد الولى على وليته، ويشترط إجازتها، ويذكر أنه لـم يستأذنها بعد، وأنه قد أمضى ما بيده من ذلك، وأنها إن أجازت فالنكاح من قبل الولى قـد نفـذ. وقال القاضى أبو الحسن: إنه يصـح أن ينعقـد النكـاح الموقـوف علـى إجـازة الـولى، أو إجازة الزوج، أو إذن المرأة فيه. وقد ذكرنا صفة وقفه على إذن المرأة، وهو الذى يذكـر أصحابنا جوازه.

فرع: إذا قلنا بجواز النكاح الموقوف، فإنه على ضربين، أحدهما أن يعقـد الـولى إليـه من العقد، ويفعل مثل ذلك الزوج، ويبقى ما إلى الزوجة مـن ذلـك، وكذلـك لـو أنفـذ الزوج ما إليه من القبول، وبقى العقد موقوفًا على الإيجاب، فهـذا موقـوف أحـد طرفيـه على الآخر.

والثانى أن يكمل الولى العقـد عـن نفسـه وعـن المرأة علـى أن للمـرأة الخيـار، فهـذا موقوف طرفاه على الخيار. وقال القاضى أبو الحسـن: لا فـرق فـى القيـاس بـين إجازتـه بالقرب أو بعد البعد، وإنما استحسن فسخه إذا بعد وإجازته إذا قرب؛ لأن اليسير يجـوز فى الأصول كيسير العمل فى الصلاة.

وهذا الذى قاله صحيح فى النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة، لا فـرق بـين قـرب الإجازة ولا بعدها فى النكاح، وكذلك قال القاضى أبو الحسن: إن القيـاس عنـدى أنـه لا يجوز النكاح الموقوف بخـلاف البيـع الموقـوف؛ لأن النكـاح ينافيـه الخيـار، ولا ينـافى البيع.

وما قاله بعد ذلك من أن إجازتـه فـى قريـب المـدة دون بعيدهـا استحسـان كإجـازة يسير العمل فى الصلاة دون كثيره، فإن ذلك عندى فيـه نظـر، وذلـك أن إجـازة يسير العمل فى الصلاة دون كثيره ليس من الاستحسان الذى ذهب إليـه، بـل الحـق الواجـب والفرض اللازم والقياس الصحيح الثابت.

وذلك أن العمل الكثير ينافى الصلاة بإجماع؛ لأن من حكمهـا وفروضهـا الاتصـال، والعمل الكثير يمنع من ذلك، ويسير العمل لا يمكن الاحتراز منه، فلذلك فرق بين يسـير العمل وكثيره فى الصلاة.

والنكاح الموقوف طرفاه على الإجازة قد وجد جميعه، فإن كان وقع عقـده صحيحًـا فيجـب أن يجـوز، طـالت مدتـه أو قصـرت، وإن كـان وقـع فاسدًا، فقــد فســد فــى الوجهين.

ولذلك قلنا إنه يجوز البيع الموقوف، وإن طالت المدة، وإنما يفترق ذلك في النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر؛ لأن من سنة النكاح اتصال أحد طرفيه بالآخر، ولابد فى ذلك من يسير مهلة؛ لأنه لا يستطاع أن يؤتى بالقبول بعد الإيجاب بغير فصل، ولا يفسده تأخر المدة اليسيرة، فلذلك كان كثير المدة يمنع انعقاده ويسيرها، لا يمنع ذلك كالعمل فى صلاة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فيجب أن يكون فى النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة، قولان، أحدهما: الجواز على كل وجه. والثانى: المنع على كل وجه، وهو الصحيح عندى. وقد اختاره القاضى أبو الحسن.

وأما النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر، ففى كراهية ما قرب منه قولان، قد تقدم ذكر من أجازه. وروى أبو زيد فى العتبية قول ابن القاسم فى الجارية يزوجها الولى على أن رضيت، قال: يفسخ ذلك، وإن كانت قريبة، قيل: فإن دخل بها، قال: ما أدرى، كأنه ضعف الفسخ بعد البناء، ولم يره.

ولا خلاف على هذا فى صحته وإنما الخلاف فى كراهيته وفيما بعد من المدة قولان، أحدهما: الجواز، والآخر: الإبطال، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا إنه يجوز فى قصير المدة دون طويلها، فقد روى ابن حبيب عن مالك فى الرجل يزوج ابنته أو البكر أو الثيب ولا يستأمرها ثم يستأمرها سرًا أو يبلغها، فترضى.

فإن كان بقرب تزويجه، وكانت معه فى البلد أو الموضع، فإن ذلك جائز، وإن كانت بغير البلد أو كانت بعيدة عن موضعه، وإن جمعهما البلد أو تباعد ما بين تزويجه إياها بغير أمرها، وبين أن علمت فرضيت، وإن جمعهما البلد والموضع، فلا يجوز بشرط ثلاثة معان، اجتماعهما فى البلد والموضع، وقرب مدة الرضا، ولم يعتبر مقدار القرب فى مدة الرضا.

وقال عن مالك فى الذى يزوج ابنه الكبير الحاضر بغير علمه: أنه إن رضى بحدثان العقد، فإنه يجوز، وإن كان رضاه بعد ذلك باليوم أو الأيام، فذلك غير جائز. وفى العتبية من سماع ابن القاسم فيمن زوج أخته أو ابنته البكر، وهى معه فى البلد مقيمة ثم تخير فترضى: أن مالكا أجازه، وإذا كانت ثابتة عنده فى البلد، فلما علمت رضيت، لم يجز هذا النكاح.

قيل لسحنون ما معنى قوله: معه فى البلد، أن يكونا فى حصن واحد أو هى بعيدة والبلد يجمعهما، فقال: بل فى حصن واحد، أو بينهما قريب من البريد واليوم وشبهه، والقلزم من مصر ما هو بكثير، وبينهما يومان إذا أرسل إليها فى فور ذلك فأجازت، فأما مثل الإسكندرية وأسوان، فلا يجوز ذلك وإن أجازته، وقاله أصبغ.

فالخلاف بين رواية ابن حبيب وقول سحنون فى موضعين، أحدهما: أن ابن حبيب شرط فى صحة ذلك أن يكونا فى موضع واحد من البلد، يريد الحصن الواحد أو القرية، ولم يشترطه سحنون وجوز ذلك، وإن لم يكونا فى موضع واحد منه، والثانى أن ابن حبيب جعل اليوم الواحد فى حيز الكثير المانع من صحة العقد، وجعل سحنون اليوم واليومين فى حيز القليل والكثير الخمسة الأيام والثمانية، والله أعلم.

فرع: وأما القولان فى طويل المدة، فقد روى ابن حبيب عن مالك فى الذى يزوج ابنته الثيب البائنة عنه، فترضى إذا بلغها ما فعل أبوها: أنه لا يقام على ذلك النكاح قبل البناء ولا بعده.

ولأصبغ فى ذلك قولان فى كتاب محمد، أحدهما: أنه يفسخ بعد البناء كقول مالك، والثانى: أنهما يؤمران بالفسخ قبل البناء، ولا يجبران عليه. قال أصبغ: وقد اختلف قول مالك فيه فقال إن أجازته، جاز. وقال أيضًا: لا أحب المقام عليه.

ووجه رواية ابن حبيب أنها مبنية على أن تأخير أحد طرفى النكاح عن الآخر المدة الطويلة، يوجب فساده؛ لأنه نوع من الخيار الذى ينافى النكاح؛ لأنه خارج عن المعتاد من إبطال أحد طرفى العقد بالآخر أو مقارنته له.

ووجه قول أصبغ فى منع الجبر على الفسخ أنه مبنى على تجويز هذا النكاح على كراهيته، وذلك أن الخيار الذى ينافى النكاح، إنما هو الخيار بعد وجود طرفى النكاح، واما الخيار بعد وجود أحد طرفيه لمن بيده الطرف الآخر من الإيجاب أو القبول، فلا يصح أن يعدى النكاح منه، وإذا لم يصح وجوده دونه لم تصح منافاته له كخيار الرد بالعيب.

فصل: وقوله: «**وهى ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها**» ظاهر فى أنه ليس للأب أن يزوج ابنته الثيب إلا بإذنها ورضاها، وهذا حكم الأب، وإن كانت ثيبًا سفيهة غير مالكة أمرها فى مالها، فإنها تملك أمر نكاحها، وكذلك سائر الأولياء معها، لأنه إذا كان هذا حكم الأب الذى يملك النظر فى ماله، فبأن لا يملك غيره إجبارها أولى.

وهذا الخبر ورد فى حكم خنساء بنت خدام كانت تحت أنيس بن قتادة الأنصارى، فقتل عنها يوم أحد، فزوجها أبوها من رجل من بنى عمرو بن عوف، فرد رسول الله ﷺ نكاحها لما كرهته، ونكحت أبا لبابة بن عبد الخدرى.

١١٠٥ - مَالِك، عَنْ أَبِى الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أُتِيَ بِنِكَاحٍ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ إِلا رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ، فَقَالَ: هَذَا نِكَاحُ السِّرِّ وَلا أُجِيزُهُ، وَلَوْ كُنْتُ تَقَدَّمْتُ فِيهِ لَرَجَمْتُ.

الشرح: قوله: «**أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة**» يريد أنه انفرد بالشهادة عليه رجل وامرأة، ولم يشهد به سواهما، وفى هذا بابان، أحدهما: مقارنة الشهادة لعقد النكاح. والثانى: ذكر من يثبت بشهادته عقد النكاح.

* * *

الباب الأول فى مقارنة الشهادة لعقد النكاح

أما مقارنة الشهادة لعقد النكاح، فلا خلاف أنه الأفضل لاختلاف الناس فى عد ذلك عندنا شرطًا فى صحة النكاح، ويجوز عندنا أن ينعقد النكاح بغير شهادة، ثم يقع الإشهاد به بعد ذلك، وبه قال عبد الله بن عمرو وعروة بن الزبير وعبد الله بن الزبير والحسن بن على، ومن المحدثين عبد الرحمن بن مهدى وزيد بن هارون.

وقال أبو حنيفة: لابد من شاهدين، وإن كانا فاسقين أو أعميين أو محدودين فى قذف، ويجوز فيه رجل وامرأتان.

وقال الشافعى: من شرط صحة النكاح مقارنة الشهادة لعقده، فإن عرا عن الشهادة حين العقد، وجب فسخه لفساده، وأقل ذلك شاهدا عدل، وبه قال الأوزاعى والثورى وابن حنبل، وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن البصرى والنخعى.

والدليل على ما نقوله على ما رواه البخارى، قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن حميد، عن أنس «أقام النبى ﷺ بين خيبر والمدينة ثلاثًا بنينا عليه بصفية بنت حيى ودعوت المسلمين إلى وليمة، فما كان فيها من خبز ولا لحم أمر بالأنطاع، فألقى فيها من التمر والأقط والسمن، فكانت وليمته، فقال المسلمون: إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه؟ فقالوا: إن حجبها، فهى من أمهات المؤمنين، وإن لم

١١٠٥ - أخرجه البيهقى فى السنن والآثار ١٣٦٤٠/١٠. الشافعى فى الأم ٢٢/٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٧.

يحجبها، فهى مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وطَّأ لها خلفه، وسدل الحجاب بينها وبين الناس»(١).

فوجه الدليل من هذا الحديث أن أصحاب النبى ﷺ قالوا: إن حجبها، فهى من أمهات المؤمنين، ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالإشهاد.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا عقد لاستباحة البضع، فلم يفتقر إلى الشهادة كالرجعة وشراء الأمة. ودليل ثان، فإن هذا عقد على منفعة، فلم تكن مفارقة الشهادة شرطًا فى صحته كالإجارة.

مسألة: وإذا عقد النكاح ولم يحضره شهود، ثم أقرا وأشهد عليه قبل البناء لم يفسخ النكاح، وإن بنى ولم يشهد، فقد روى محمد عن أشهب عن مالك يفرق بينهما. ورواه ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك إن تعرى عقد النكاح من الشهادة لا ذريعة فيه إلى الفساد، وتعرى الوطء والبناء من الشهادة فيه الذريعة إلى الفساد، فمنع منه لذلك، ولو جاز لكل من وجد مع امرأة فى خلوة أو أقر بجماعها أن يدعى النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان، والتعزير فى الخلوة، فمنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى، فمتى وقع البناء على الوجه الممنوع، فسخ ما ادعى من النكاح.

قال ابن القاسم: إن دخل ولم يشهد إلا شاهدًا واحدًا، فسخ النكاح ويتزوجها بعد أن تستبرئ بثلاث حيض إن أحب.

فرع: وهل عليهما حد لما تقدم من المسيس؟ روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ أنه إن كان أمرهما فاشيًا درء الحد عنهما، عالمين كانا أو جاهلين، والشاهد الواحد على نكاحهما أو معرفة بنائهما باسم النكاح وذكره وإظهاره كالأمر الفاشى من نكاحهما.

قال ابن حبيب: وقد كان ابن القاسم يقول: إن كانا ممن لا يعذران بجهالة حدا، وإن كان أمرهما فاشيًا.

وجه قول ابن الماجشون أن الإفشاء فى النكاح والإعلان به أبلغ فى إظهاره من الإشهاد؛ لأنه لو انفرد الإشهاد، واقترن به الكتمان لفسد العقد، وبالإعلان يفارق صفة الزنا، ويمتنع فساده، فإذا وجد الإعلان به انتفى الحد.

---

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٠٨٥، ٥١٥٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣٨٢. أحمد فى المسند حديث رقم ١٣٣٧٥

ووجه قول ابن القاسم أن الإفشاء والإظهار إذا قصر عن الثبوت، فهو فى حكم الكتمان والاستسرار الذى يفسد به العقد مع أنه لا يعلم الإمام الذى يرفع إليه ذلك، فشق هذا الأمر إلا ببينة تشهد عنده بذلك، والله أعلم.

* * *

الباب الثانى فى صفة من يثبت النكاح بشهادته

لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال، ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى فى الطلاق وقيل فى الرجعة: ﴿**وأشهدوا ذوى عدل منكم**﴾ [الطلاق: ٢]، والأمر يقتضى الوجوب.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى يثبت حكمًا فى البدن، فإذا لم يثبت بشهادة النساء بانفرادهن، لم يثبت بشهادتهن مع الرجال كالحدود والقصاص. ودليل ثان، وهو أن هذا جنس لا يثبت النكاح باثنين منه، فلم يكن له مدخل فى الشهادة به كالعبيد والفساق.

فصل: وقول عمر رضى عنه: «**هذا نكاح السر، ولا أجيزه**» يقتضى أن هذا من جملة النكاح غير أن تعليله لمنعه بأنه من نكاح السر.

وقد اختلف الفقهاء فى نكاح السر، فمنع منه مالك، وقال: إنه يفسخ، إن وقع، وبه قال الزهرى ويحيى بن سعيد الأنصارى. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يفسخ. واستدلال أصحابنا فى ذلك بما رواه عبد الله بن وهب، أخبرنى عبد الله بن الأسود القرشى عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «أعلنوا بالنكاح»[(٢)].

ودليلنا من جهة المعنى أنه لا خلاف أن الاستسرار بالنكاح ممنوع لمشابهة الزنا الذى يتواطأ عليه سرًا، فيجب أن لا يجوز النكاح إلا على وجه يتميز من الزنا، ولذلك شرع فيه ضرب من اللهو والوليمة لما فى ذلك من الإعلان فيه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الذى يراعى فيه ترك التواطؤ على الكتمان. ومعنى ذلك عقده دون ذكر كتمان ولا إعلان، فمتى عقد على هذا، فهو صحيح حتى يقترن به التواطؤ على الكتمان.

---

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٠٨٩. ابن ماجه حديث رقم ١٨٩٥.

وقد اتفقنا على أنه لابد من أن يقترن بعقد النكاح أحد أمرين، الإشهاد عند من يخالفنا، أو ترك التواطؤ على الكتمان عندنا، وقد اتفقنا على أن النكاح يختص بهذا المعنى دون سائر العقود، وكل ما يلزمنا المخالف فى مسألتنا مقارنة الإشهاد لعقد النكاح، والأحاديث فى ذلك متقاربة الأسانيد لا يكاد يصح شىء منها.

وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه وما شاع منه بحضرة الصحابة يقوى المنع من الكتمان، ويرجح من جهة المعنى، فإنه لابد من مراعاة صفة يتميز بها النكاح من السفاح، ونحن لا نراعى نفى الكتمان؛ لأنه من أحكام أسباب الزنا الذى لا يكاد يفارقها، ويراعى الإشهاد به فى صحة الوطء ومفارقته للزنا، فكان ذلك أولى من مراعاة الإشهاد فى نفس العقد خاصة، لأنه لا فرق بين الإشهاد فى نفس العقد أو بعده، وتصحيح الوطء والتمييز بينه وبين وطء الزنا.

ووجه ثان من الترجيح، وهو أننا لا نشترط زيادة على إطلاق العقد فى صحته، وإنما نتقى إحداث صفة تشابه صفة الزنا، وهى التواطؤ على الكتمان.

والشافعى يقول: إن إطلاق العقد لا يصح عنده حتى يشترط معنى آخر، وهو الإشهاد، ويصح إذا اتفقا على صفة ليست من مقتضى العقد وبها يشابه الزنى، وهو الكتمان، فكان ما قلناه أولى لأن كل عقد صحيح فى الشريعة، فإن إطلاقه للعقد مع من يصح عقده منه يقتضى الصحة كالبيع والإجارة والمساقاة وغيرها.

فرع: وكل نكاح استكتمه شهوده، فهو من نكاح السر، وإن كثر الشهود، رواه ابن حبيب وعمر عن مالك. قال عيسى: سمعت ابن القاسم فى المسجد الجامع بمصر، يقول: لو شهد عليه من الرجال على هذا المسجد، ثم استكتموا، كان نكاح سر. قال أصبغ: وهو الحق.

وروى ابن مزين عن يحيى قال: لا يكون نكاح السر إلا فى مثل الذى وقع بعهد عمر بن الخطاب رجل وامرأة، فأما أن يشهد فيه رجلان عدلان فصاعدًا، فهو نكاح حلال جائز، وإن استكتم ذلك الشهود؛ لأنه إذا علمه عدلان فصاعدًا، فليس بسر، وبه قال الشافعى.

ووجه القول الأول أنه معقود على الكتمان الذى ينافى النكاح، ويشابه التسبب إلى الزنى، وإن اتفق الزوجان والأولياء على الكتمان، ولم يعلم بذلك الشهود، فهو نكاح السر، قاله ابن حبيب. ووجهه ما قدمناه.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «**ولو كنت تقدمت فيه لرجمت**» قال ابن حبيب: إنما هذا من عمر رضى الله عنه على وجه التشديد فى الزجر عنه والمنع منه، ولا رجم ولا حد إذا وقع، ولكن العقوبة. وروى محمد عن ابن وهب يعاقب الشاهدان إن أتيا ذلك عن معرفة أنه لا يصلح، وإن جهلا ذلك لم يعاقبا، زاد ابن حبيب: ويعاقب الناكح والمنكح.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتمل عندى فى قول عمر رضى الله عنه أنه يوجب الحد فيه، إذا لم يقع الإشهاد به، وظهر بهما بعد البناء والإقرار بالوطء من غير إعلان، ولا إشهاد.

وكذلك روى أن قول عمر إنما كان فى امرأة مولدة، تزوجها ربيعة بن أمية الجمحى، نكاح سر، فحملت منه، فدرأ عنهما عمر رضى الله عنه لما لم يكن تقدم فى ذلك، ولما قدر بهما من الجهل بمنعه، فيكون قول عمر: «**لو كنت تقدمت فيه لرجمت**» أنه لو تقدم فى ذلك تقدمًا لمنع هذين الناكحين علمه، ولا يكونان ممن يجهل حكمه فيه لرجمتهما، لما ظهر من حمل المرأة دون بينة تشهد بعقد النكاح.

١١٠٦ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَعَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ طُلَيْحَةَ الأَسَدِيَّةَ كَانَتْ تَحْتَ رُشَيْدٍ الثَّقَفِيِّ، فَطَلَّقَهَا فَنَكَحَتْ فِى عِدَّتِهَا فَضَرَبَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَضَرَبَ زَوْجَهَا بِالْمِخْفَقَةِ ضَرَبَاتٍ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ فِى عِدَّتِهَا، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الَّذِى تَزَوَّجَهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اعْتَدَّتْ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا الأَوَّلِ، ثُمَّ كَانَ الآخَرُ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَّابِ، فإن كَانَ دَخَلَ بِهَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ اعْتَدَّتْ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنَ الأَوَّلِ، ثُمَّ اعْتَدَّتْ مِنَ الآخَرِ ثُمَّ لا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا.

قَالَ مَالِك: وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: وَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا.

الشرح: قوله: «**إن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفى، فطلقها فنكحت فى عدتها**» يريد أنه طلقها بعد البناء بها، ويحتمل أن يكون طلاقها رجعيًا، ويحتمل أن يكون بائنًا، فإن كان طلاقها رجعيًا، فإن نكاح غيره لها ممنوع فى العدة منه، وإن كان

١١٠٦ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٧/٤٤١. عبد الرزاق فى المصنف ٦/٢١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٨.

طلاقه إياها بائنًا، فإن نكاح غيره ممنوع عدتها، ونكاحه ممنوع فى العدة وبعدها حتى تنكح زوجًا غيره.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا**﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وقوله تعالى: ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ومعناه التربص عن النكاح.

فصل: وقوله: «**فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالمخفقة ضربات**» يريد على وجه العقوبة لهما لما ارتكباه من المحظور، وهو النكاح فى العدة.

وقد قال ابن حبيب فى التى تتزوج فى العدة فيمسها الزوج أو يقبل أو يباشر أو يغمز أو ينظر على وجه اللذة: أن على الزوجين العقوبة، وعلى الولى وعلى الشهود من علم منهم أنها فى عدة، ومن جهل منهم ذلك، فلا عقوبة عليه.

وقال ابن المواز: على الزوجين الحد، إن كانا تعمدا ذلك، فيحتمل قول ابن حبيب على من علم بالعدة، ولعله جهل التحريم ولم يتعمد ارتكاب المحظور، فذلك الذى يعاقب. وعلى ذلك كان ضرب عمر رضى الله عنه المرأة وزوجها بالمخفقة ضربات، وتكون العقوبة والذنوب بحسب المعاقب، ويحمل قول ابن المواز على أنهما علما التحريم وتقحما ارتكاب المحظور جرأة وإقدامًا واستخفافًا. وقد قال الشيخ أبو القاسم: أنهما روايتان فى المتعمد، إحدهما: يحد، والثانية: لا يعاقب ولا يحد.

فصل: قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «**أيما امرأة نكحت فى عدتها، فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم كان الآخر خاطبًا من الخطاب**»، فأمر بذلك عمر بن الخطاب على سبيل تعليم من يجهل ذلك، والتقديم إلى الناس فيه، والزجر لهم عنه، ثم بين حكم غير المدخول بها من حكم المدخول، وذلك أن التفريق بينهما لازم فى الوجهين؛ لأن العقد صادف زمن العدة، فكان فساده فى عقده.

فصل: وقوله: «**ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول**» يقتضى أن تكون الفرقة قبل انقضاء العدة، ولو لم يقع الفسخ إلا بعد انقضاء العدة لما كان عليها عدة.

فصل: وقوله: «**ثم كان خاطبًا من الخطاب**» يريد أن مجرد العقد لا يتأبد به التحريم. قال القاضى أبو محمد: عن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: مثل قول عمر بن الخطاب. والثانية: أن التحريم يتأبد بمجرد العقد.

قال: ووجه القول الأول أن هذا لم يدخل بشبهة فى النسب، فلم يتأبد تحريمه، أصله إذا واعد ولم يعقد. قال: لأن مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به التحريم المؤبد حتى يقارنه الوطء: أصله إذا كانت تحته امرأة، فتزوج ابنتها ولم يطأها. وهذا الدليل الذى أورده القاضى أبو محمد غير مسلم، والخلاف فى أصله كالخلاف فى المسألة التى أراد إثباتها.

قال القاضى أبو محمد: ووجه القول الثانى أن هذا نكاح فى عدة، فوجب أن يتأبد به التحريم. أصله إذا بنى بها. وأيضًا ما منع حسما للباب استوى قليله وكثيره كشهادة الأب لابنه.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «**وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر**» يريد أنه إن دخل بها الذى تزوجها فى عدة الأول، فإنه يفرق بينهما، ثم تعتد عدتها من الأول، فإذا انقضت استأنفت عدة من الثانى.

وقد اختلف قول مالك فى ذلك، فروى محمد عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك: أن عدتها من الثانى تكفيها من يوم فرق بينه وبينها، وبه قال أبو حنيفة. والرواية الثانية عنه: أنها إذا انقضت عدتها من الأول استأنفت عدة من الثانى، وبه قال الشافعى.

وجه الرواية الأولى، وهى الأظهر عندى، قوله تعالى: ﴿**وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن**﴾ [الطلاق: ٤].

ومن جهة القياس أنه أجل، فجاز أن ينقضى بمضى مدة واحدة فى حق اثنين. أصله أجل الدين.

ومن جهة الاستدلال أن العدة من حقوق النكاح، وحال بقاء النكاح آكد وأقوى، ومعلوم أن الوطء بشبهة إذا طرأ مع قيام النكاح لم يمنع النكاح من أن يتعقب العدة الوطء، فبأن لا تمنع العدة من تعقب العدة الوطء أولى وأحرى.

ووجه الرواية الثانية أن هذه مدة مضروبة لاستيفاء الحق فيها، فلم يجز أن يستوفى فيها إتيان على الكمال. أصله مدة الإجازة.

فرع: فإذا قلنا بأن العدتين لا يتداخلان، فإن ذلك فى الاعتداد بالأقراء أو بالشهود، فإذا كان الاعتداد بالحمل، فإن عدة وضع حملها يكفيها عنهما جميعًا، رواه محمد عن أشهب.

ووجه ذلك أن وضع الحمل براءة متيقنة، ولذلك لم يعتبر فيها مدة فالمطلقة والمتوفى عنها زوجها تحل بوضع الحمل، وإن كان بعد سبب عدتها بلحظة. وأما الاستبراء بالأقراء والأشهر، فطريقه الظاهر، وبذلك يلحق الحمل بعد الأقراء والأشهر، فإن كان الحمل من الثانى وقد دخل بها بعد حيضة، وولدت لستة أشهر فصاعدًا. روى ابن مزين عن أصبغ أنه يبرئها الوضع من الاستبراء، ولا يجزئها من العدة؛ لأن عدة الطلاق من الزوج بالحيض ولا يجزئها الوضع لأنه من غيره.

وفى الموازية من رواية أشهب عن مالك: أن ذلك يبرئها من الزوجين. قال محمد: وإن فى ذلك لضعفًا وتأتنف ثلاث حيض بعد الوضع. قال مالك وابن القاسم: ولو كان الحمل من زنى لم يبرئها وضعه، ولا تبرأ بوضع من لا يلحق إلا فى الملاعنة؛ لأنه يلحق به إن استلحقه.

مسألة: وإذا كانت العدة عدة وفاة، لم يبرئها إلا أقصى الأجلين بعيدين، الأول أربعة أشهر وعشر، تلزم فيها الإحداد، وتعتد من الثانى ثلاثة قروء.

قال فى المدونة: فإن كانت مرتابة أو مستحاضة، اعتدت سنة من يوم فسخ نكاح الثانى، فإن انقضت عدة الوفاء قبل أن تنقضى عدة الثانى، سقط عنها الإحداد، وإن كانت العدة الأولى من طلاق نظر إلى ما بقى من عدتها من يوم مفارقة الثانى له، فإن كانت حيضة أو حيضتين سقط عن الأول بانقضاء عدته ما لزمه من السكنى، فانتقلت إلى حيث شاءت تتم بقية الاستبراء، وإن كان طلاق الأول رجعيًا، وأراد ارتجاعها قبل أن تنقضى عدتها، كان له ذلك يشهد على رجعتها، ولا يقربها ولا يدخل بها حتى تتم الاستبراء. روى ذلك كله ابن مزين عن أصبغ.

فصل: وقوله: «**ثم لا يجتمعان أبدًا**» يريد أن التحريم بينهما يتأبد، فلا تحل أبدًا، وذلك أنه أخبر عن ناكح فى العدة دخل بها، ولذلك قال: «**إنه يفرق بينهما ثم تعتد بقية عدتها من الأول**» وهذا صريح، فإن بناءه بها كان قبل انقضاء عدة الأول.

وعلى كل حال، فلا يخلو الناكح فى العدة إذا بنى أن يبنى بها فى العدة أو بعدها، فإن كان بنى بها فى العدة، فإن المشهور من المذهب أن التحريم يتأبد، وبه قال ابن حنبل. وروى الشيخ أبو القاسم فى تفريعه فى التى يتزوجها الرجل فى عدة من طلاق أو وفاة عالم التحريم، روايتين، إحداهما: أن تحريمها يتأبد على ما قدمناه. والثانية: أنه زان، وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، وله أن يتزوجها إذا انقضت عدتها، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

ووجه الرواية الأولى، وهى المشهورة، ما ثبت من قضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه بذلك وقيامه به فى الناس، فكانت قضاياه تسير وتنتشر وتنقل فى الأمصار، ولم يعلم له مخالف فثبت إنه إجماع.

قال القاضى أبو محمد: وقد روى مثل ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله نه، ولا مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره، وهذا حكم الإجماع.

والدليل على ذلك من جهة القياس أن العقد الثانى عقد نكاح تقدمه بناء نكاح فى عدة، فوجب أن يبطل. أصل ذلك إذا عرا من الشهود.

ووجه الراوية الثانية أن هذا وطء ممنوع، فلم يتأبد تحريمه كما لو زوجت نفسها أو زوجت متعة أو زنت. وقد قال القاضى أبو الحسن: إن مذهب مالك المشهور فى ذلك ضعيف من جهة النظر، والله أعلم.

فرع: فإن طلق رجل امرأة البتة، ثم تزوجها قبل أن تنقضى عدتها، فقد روى ابن حبيب عن ابن نافع: أنه كالأجنبى لا تحل له أبدًا.

وروى محمد عن أشهب عن مالك فيمن صالح امرأته على أنها إن طلبت الذى أعطته، فهى امرأته، فطلبت ذلك فرده إليها وراجعها وأصابها: أنه يفرق بينهما ولا يتناكحان أبدًا؛ لأنه نكحها فى عدتها. قال محمد: سألت غير واحد من أصحاب مالك، فكلهم أبى هذا الجواب، وقالوا: لا تحريم عليه أبدًا. وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأصحاب مالك فى مسألته: أنها تحل له بعدُ انقضاء العدة.

ووجه القول الثانى، وهو الأظهر، أنه ليس بممنوع لأجل العدة، وإنما منعه أنه لا يجوز له نكاحها إلا بشرط قد عدم، فأشبه الذى تزوج امرأة على أختها.

فرع: ومن تزوج أم ولد بعد وفاة سيدها قبل أن تحيض الحيضة التى تؤمر بها، فقد قال ابن القاسم عن مالك فى المدونة: إنه كالمتزوج فى العدة. قال سحنون: وقد روى عن مالك أنه قال: ليس كالمتزوج فى العدة.

وجه القول الأول، ما أشار إليه مالك من أنها تزوجت حال حرمتها، وهى ممنوعة من النكاح من أجل مستبيح لوطئها كما لو توفى عنها زوجها. وأما القول الثانى، فمبنى على أنه ليس حكم العدة، وإنما له حكم الاستبراء خاصة، وسنبين الفرق بينهما إن شاء الله تعالى.

فرع: ومن تزوج أمة أو أم ولد أعتقت قبل أن تحيض حيضة، فقد قال ابن القاسم في المدونة: يسلك به سبيل المتزوج في العدة إذا أصاب وإذا لم يصب، وكذلك قال مالك فيمن طلق أمة، فأصابها سيدها في عدتها، قال ابن القاسم: وكذلك كل من أصاب بملك اليمين معتدة من نكاح أو أصاب بنكاح مستبرأة من ملك يمين.

مسألة: وهذا كله إذا كان البناء في العدة، فإن نكح في العدة، ولم يكن منه وطء فيها، ولكنه قبل أو باشر، فقد روى أصبغ في كتاب محمد عن ابن القاسم في ذلك قولين، أحدهما: تأبيد التحريم، والثاني: غير مؤبد. قال أصبغ: وقول ابن القاسم أحب إليّ، آمره بذلك، ولا أقضي له عليه. وهذه رواية عيسى عن ابن القاسم.

وجه القول الأول ما احتج به ابن القاسم أن كل ما ثبت تحريمه بالوطء، فإنه يثبت بالتقبيل والمباشرة كتحريم الربائب. ووجه القول الثاني ما ذهب إليه من أن المباشر والقبلة إنما يجرى مجرى الوطء، فيما يثبت تحريمه بالتنزيل. وأما ما يثبت بضرب من الاجتهاد، فلا يجرى مجراه.

فرع: ولو أرخيت الستور على الناكح في العدة، ثم قال: لم أمس وصدقته المرأة، فقد روى محمد وابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب: لا ينكحها أبدًا، يقضى عليه بذلك. قال محمد: وهو الصواب، ولو صدقت في مثل هذا لأسقطت عن نفسها العدة.

مسألة: ومن عقد في العدة، ودخل بعد العدة، ففي ذلك روايتان، روى عن مالك في المدونة: يتأبد تحريمها، وقال المخزومي: لا يتأبد تحريمها إلا بالوطء في العدة.

وجه الرواية الأولى، أنها موطوءة بنكاح في العدة، فتأبد تحريمها كالتي تصاب في العدة. ووجه الرواية الثانية، أنها غير موطوءة بنكاح في العدة، فلم يتأبد تحريمها كالتي لم يوجد منها إلا العدة.

مسألة: وإن لم يوجد منه وطء أصلاً في العدة ولا غيرها، قال القاضي أبو محمد: يفسخ نكاحه، وفي تأبيد التحريم روايتان، إحداهما: نفيه، والأخرى: إثباته.

وجه نفيه، وهو الظاهر، أنه لم يوجد فيه معنى تأبيد التحريم، وهو إدخال الشبهة في النسب ومجرد العقد الفاسد، ولا يتعلق به تأبيد التحريم، ما لم يقارنه وطء. أصله إذا كانت تحته امرأة، فتزوج ابنتها ولم يطأها.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي ينتقض بالعقد على البنت، فإنه يوجد تحريم الأم، ووجه إثبات تأبيد التحريم اعتباره بالوطء.

مسألة: وإن واعدته فى العدة أن لا تنكح زوجًا غيره، ونكحها بعد العدة، **فقد** روى محمد عن ابن وهب وأشهب عن مالك: يفسخ نكاحه، دخل بها أو لم يدخل. وروى محمد عن أصبغ أنه ضعف الفراق فيه، وقال: إنه يؤمر بذلك، ويؤثم فيه، ولا يقضى به عليه، قال: لأنه ليس بنكاح فى عدة. واختار ذلك ابن المواز.

وجه القول ما احتج به أصبغ من أن المواعدة هى المنهى عنها، وقد قال الله تعالى: ﴿**ولكن لا تواعدوهن سرًا إلا أن تقولوا قولاً معروفًا**﴾ [البقرة: ٢٣٥]، وهذه المواعدة هى المنهى عنها، وبها تم النكاح وعليها انعقد.

ووجه القول الثانى أنه عقد نكاح لم يتقدمه عقد ولا مسيس في العدة، فوجب أن يصح كالذى لم تقدمه مواعدة. قال القاضى أبو محمد: إن خطبها صريحًا فى العدة ثم تزوجها بعد العدة، ففيها روايتان، استحباب الفراق، والثانية: إيجابه.

فصل: وقول سعيد: «**ولها مهرها بما استحل منها**» يريد أن الناكحة فى العدة لها على زوجها المهر، إن أصابها فى العدة أو بعدها؛ لأنه لم تبذل له نفسها على وجه السفاح، وإنما بذلت نفسها على وجه شبهة النكاح، وذلك يوجب لها المهر بالمسيس.

وإنما روى ذلك عن سعيد مفردًا؛ لأن الزهرى روى عن سليمان فى هذا الحديث أنه قال: لها مهرها فى بيت المال، كذلك رواه معمر عن الزهرى عنه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلها المهر المسمى. قال ابن المواز وغيره من أصحابنا: وهذا إذا اتفقا على قدر المهر، فإن اختلفا فى ذلك، فلا يخلو أن يختلفا قبل البناء أو بعده.

فإن اختلفا قبل البناء، فقد روى ابن المواز عن أصبغ إن كانت بكرًا، حلف أبوها على ما قاله، فإن أبى الزوج أن يدفع ما حلف عليه الأب، وإلا حلف وأسقط ذلك عن نفسه.

وأما إن كانت ثيبًا حتى لا يتم الأمر إلا بعلمها وحضورها، فإنها التى تحلف دون الولى، قال: وهو معنى قول ابن القاسم. قال ابن حبيب: وسواء اختلفا فى قدر الصداق أو نوعه كان مما يصدق فيه النساء أو لا يصدقن.

فرع: فإن حلفا، فقد ذكر القاضى أبو محمد: يفسخ بينهما، وهو لفظ المدونة. وروى عن الشيخ أبى عمران أن ذلك يجرى على الاختلاف المذكور فى البيع، قال: وقد نص المغيرة على أنه إذا رضى أحدهما، نفذ النكاح بينهما.

وجه القول الأول أن تحالف الزوجين يقتضى وقوع الفرقة بينهما كاللعان. ووجه القول الثانى اعتباره بالبيع على ما تقدم.

فرع: وإن اختلفا بعد البناء، فالقول قول الزوج، قاله ابن القاسم؛ لأنه مدعى عليه، فإن حلف برئ، فإن نكل حلفت المرأة، واستحقت ما ادعته من ذلك، وهذا كله يجرى مجرى البيع، وقد بسطنا القول فيه فى البيوع.

مسألة: وإن اختلفا فى قبض الصداق، واتفقا على قدره وجنسه، فإن كان ذلك قبل البناء، فالقول قول الزوجة إن كانت ثيبًا أو وليها إن كانت بكرًا، فإن كان ذلك بعد البناء، فالقول قول الزوج خلافًا لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله أن هذا مبنى على أصلين أحدهما: أن العادة جارية فى معظم البلاد بل جميعها أن معجل الصداق لا يتأخر قبضه عن البناء، والثانى: أن القول فى قبض العوض قول مدعى العرف.

ولذلك قال مالك فيما جرت العادة بقبض ثمنه من الطعام: إذا ادعاه بعد قبض الطعام وبعد ما فارقه البائع، وكذلك الصرف، فإذا كان العرف دفع الصداق المعجل قبل البناء، وادعى الزوج من ذلك ما يشهد به العرف، وجب أن يكون القول قوله.

ولذلك قال مالك فى الراهن يقبض رهنه، ويدعى دفع الدين أن القول قوله، قال مالك: ولو حل المؤجل قبل البناء لكان القول قول الزوج فى دفع العين والعروض والحيوان، وهذا معنى ما فى المدونة.

فصل: وقد قال القاضى أبو إسحاق: وإن ذلك إنما هو فى بلد عرفه تعجيل النقد عند البناء، فأما بلد لا عرف فيه بذلك، فالقول قول الزوجة، وقال القاضى أبو محمد: إنما ذلك إذا لم يثبت ذلك فى صداق، فلا يكون القول قول الزوج بالبناء، وما قدمناه أظهر لما بيناه، والله أعلم.

فرع: وإذا تحمل رجل للمرأة بالصداق، ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إن ادعى الزوج والحميل الدفع حلف الحميل، وصدق. قال سحنون: ولو أخذت بالصداق رهنًا، ثم بنى بها لكان كالحميل ودخوله كالإبراء ويأخذ رهنه، وليس يكتب فى الصداق براءة.

قَالَ مَالِك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَتَعْتَدُّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ

وَعَشْرًا، إِنَّهَا لا تَنْكِحُ إِنِ ارْتَابَتْ مِنْ حَيْضَتِهَا حَتَّى تَسْتَبْرِئَ نَفْسَهَا مِنْ تِلْكَ الرِّيبَةِ أن خَافَتِ الْحَمْلَ.

الشرح: وهذا كما قال أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت غير حامل، فإن عدتها أربعة أشهر وعشرًا. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا**﴾ [البقرة: ٢٣٤]، ومعنى يتربصن، الأمر بالتربص، ولا يجوز أن يكون بمعنى الإخبار بالتربص، لأنا نجد فى أكثر الأزمنة من لا يتربص، وخبر البارى تعالى لا يكون بخلاف مخبره، فثبت أن المراد به الأمر، ومقتضى الأمر الوجوب.

فصل: قوله: «**إنها إن ارتابت من حيضتها**» يقول: إن أقامت أربعة أشهر وعشرًا، فارتابت مع ذلك من حيضها، فإنها لا يحل لها النكاح حتى تذهب تلك الريبة، إذا خافت الحمل، فجعل هذا حكمها إذا خافت الحمل والريبة على ضربين، ريبة لارتفاع اليمين، وريبة لمخافة الحمل، وسيأتى ذكر ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

* * *

نكاح الأمة على الحرة

١١٠٧ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ سُئِلا عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ حُرَّةٌ، فَأَرَادَ أَنْ يَنْكِحَ عَلَيْهَا أَمَةً فَكَرِهَا أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا.

الشرح: قوله:«**فكرها أن يجمع بينهما**» يريد أنهما كرها أن يجتمع فى ملكه حرة وأمة، وإنما ذلك فى حق الحرة، وكان السؤال إنما ورد على نكاح الأمة على الحرة، فأجاب على منع الجمع بينهما، وذلك أعم من السؤال؛ لأن الجمع بينهما يكون على ثلاثة أوجه، أحدها، أن يتزوج الأمة على الحرة، وهو المسؤل عنه. والثانى: أن يتزوجهما جميعًا فى عقد واحد. والثالث: أن يتزوج الحرة على الأمة؛ لكنه لما تساوت عندهما هذه الوجوه فى المنع، أجاب عن جميعها، إن كانا سئلا عن أحدها.

فأما الوجه الأول، وهو أن يتزوج الأمة على الحرة، فقد كان من قول مالك المنع من ذلك مع وجود المال، ثم رجع فقال: يجوز، ويتخير الحرة، وهو قول سعيد بن

١١٠٧ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٧٥/٧. الشافعى فى الأم ٢٥٥/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٩. كشف الغمة ٦٣/٢. المحلى ٤٤١/٩.

المسيب، وبه أخذ ابن القاسم. قال: وقد قال مالك: وإنه فى كتاب الله تعالى حلال.

وجه القول الأول بالمنع قوله تعالى: **﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات مما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾**، إلى قوله تعالى: **﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾** [النساء: ٢٥]، وذلك أن الحرة على هذا القول هى الطول الذى يتوصل به إلى نكاح الحرة يمنعه نكاح الأمة، فبأن يمنعه من ذلك كون الحرة زوجة له، أولى وأحرى.

ووجه القول الثانى أن الطول هو القدرة على صداق الحرة؛ لأنه السعة فى المال فبه يتوصل إلى ما يحتاج إليه من نكاح الحرائر، فأما الحرة، فليست تسمى طولاً لغة ولا شرعًا، ولا يتوصل بها إلى ما يحتاج إليه من النكاح.

فصل: وأما قول مالك: **«فإنه في كتاب الله تعالى حلال»** فقد قيل لمحمد بن المواز: أين ذلك فى كتاب الله، فقال: أراه قوله تعالى: **﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾** [النور: ٣٢]، وهذا عام. قال محمد: فهذه عند مالك ناسخة لقوله تعالى: **﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾**، إلى قوله تعالى **﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾** [النساء: ٢٥].

وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن القاسم كان يذكر أنه سمع مالكًا يقول: نكاح الأمة فى كتاب الله حلال، فاستوقفناه عليه فى أى كتاب الله تعالى هو حلال، وفى أى الآيات، فقال: لا أدرى.

وما قاله محمد فيه نظر؛ لأن النسخ لا يثبت إلا بدليل، وأيضًا فإن الآية الناسخة عنده عامة، والمنسوخة خاصة فى موضع الخلاف، فيجب أن يقدم الخاص على العام إلا أن ينقل النسخ فى ذلك.

والأوضح عندى أن يكون معنى قوله تعالى: **﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾**، إلى قوله تعالى: **﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾**، فأباح له نكاحها بوجود شرطين، وبقى ما عدم فيه الشرطان مسكوتًا عنه على منعنا القول بدليل الخطاب، ومنعنا أن يكون لفظ ذلك من ألفاظ الحصر، ثم ورد قوله تعالى: **﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾**، عاما مطلقًا دون شرط، فكان ما قابل الآية المقيدة من الآية المطلقة موافقًا

ومماثلاً لمعناها، وما زاد على ذلك من الآية المطلقة، فقد بين فى الآية المطلقة، وسكت عنه فى الآية المقيدة.

وبهذا نقول فى الآية المطلقة المقيدة، متى وردتا فى حكم واحد متعلق بسبب واحد، فإنما يحمل المطلق من اللفظ على إطلاقه، والمقيد على تقييده.

ويحمل وجهًا آخر، وهو أن يكون قول مالك: «**وإنه فى كتاب الله تعالى حلال**» راجعًا إلى سؤال السائل عن نكاح الأمة على الحرة: إنه فى كتاب الله تعالى حلال، وأشار إلى قوله عز وجل: ﴿**فمن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم**﴾، إلى قوله تعالى:﴿**ذلك لمن خشى العنت منكم**﴾ [النساء: ٢٥]، يريد أنه جائز مع وجود هذين الشرطين، وأن كون الحرة عنده لا يمنع الإباحة لأنها ليست بطول، ويأمن معها العنت، فيكون هذا معنى ما تضمنه كتاب الله تعالى من تحليل ذلك، والله أعلم.

فرع: فإذا ثبت أنه ممنوع، فهل ذلك على التحريم أو على الكراهة؟ فى المدونة ما يدل على القولين؛ لأن مالكًا، قال: من تزوج أمة على حرة، فرق بينه وبين الأمة، وبه قال أشهب وابن عبد الحكم، قال: ثم رجع، فقال: إن تزوجها خيرت الحرة، واختاره ابن القاسم، فإيجاب الفسخ يقتضى التحريم، ومنع الفسخ مع منع النكاح أولاً يقتضى الكراهية دون التحريم.

وأما إذا كان واجدا للطول الذى هو المال، ففى كتاب محمد: إن مالكًا قال: لا بأس للحر تحته الحرة، وليس عنده ما يتزوج به حرة وخاف العنت أن يتزوج أمة. قال ابن وهب: ثم قال بعد ذلك مالك: ذلك جائز، وللحرة الخيار، فعلى هذا فى نكاح الأمة على الحرة ثلاث روايات، إحداها: لا يجوز، وإن عدم الطول الذى هو المال، وخاف العنت إذا كانت تحته حرة. والثانية: يجوز وإن لم يجد طولاً ولا خاف عنتًا. والثالثة: يجوز مع عدم الطول وخوف العنت، ولا يجوز مع وجود الطول، وأمان العنت والطول فى القولين الآخرين أظهر فى المال وإن كان يجوز أن يراد به الحرة.

فرع: فإذا قلنا إنه ينكح الأمة على الحرة؛ فإن للحرة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون ضرتها أمة، وما الذى لها من الخيار. قال مالك فى المدونة: فى أن تقيم معه إن أحبت أو تفارقه إن شاءت.

قال ابن الماجشون والمغيرة: إنما يكون الخيار للحرة فى أن تقيم أو تفارق، إذا كانت

هى الداخلة على الأمة. وأما إذا كانت الأمة هى الداخلة عليها، فالخيار للحرة فى نكاح الأمة، إن شاءت أقرته وإن شاءت ردته.

وجه القول الأول أن الخيار إذا ثبت لأحد الزوجين، بمعنى فى جهة الآخر، فإنما يكون خياره فى أن يقيم أو يفارق، ولا يتعدى خياره إلى غيره كعيب الجب والخصاء والجذام والبرص.

ووجه الرواية الثانية أنه إنما يثبت له الخيار لإزالة الضرر الذى لحقها لكون الأمة ضرة لها وداخلة عليها، فلها أن تزيله عن نفسها برد نكاحها، ومتى قلنا إن خيارها من أن تفسخ نكاحها كان خيارًا فى زيادة الضرر لا فى إزالته.

فرع: وهذا يكون للحرة أن تطلق نفسها بطلقة واحدة أو بطلقة مبهمة وتكون واحدة بائنة، وإن كان دخل بها، وإن اختارت لنفسها بالبتات كانت ثلاثًا، وقد خالفت السنة.

وفى التى يتزوج الأمة عليها: ليس لها أن تطلق نفسها إلا طلقة واحدة بائنة، ولا فرق بين الموضعين، فتخرج الرواية فى المسألتين جميعًا، وإنما كانت الطلقة الواحدة بائنة فى ذلك؛ لأن المعنى الذى أوجب الطلاق باق ثابت، وهو وجود الأمة فى عصمته.

فإذا كان سببًا لإبطال النكاح الصحيح لم يصح الارتجاع معه؛ لأن الخيار الثابت لها بالشرع فى أن تطلق نفسها يبطل الرجعة، وكل طلاق الرجعة معه، فإنه بائن كالخلع والطلاق البائن.

ويلزم على هذا النصرانية تسلم تحت النصرانى، ثم يسلم فى عدتها، فإنها زوجته، لأن إسلامها ليس بطلاق، ولا يحتاج بإسلامه إلى ارتجاع، ولا يلزم على هذا فرقة المولى، فإن الرجعة فيه معتبرة بالوطء، ولأن ضرر كون الأمة ضرة لها ثابت مستدام فى جميع الأوقات والأحوال، ولا يكون فى وقت دون وقت، فأشبه ما يوجد بجسمه من برص أو جذام، وأما ضرر الامتناع من الوطء، فإن الوطء لا يستدام، وإنما هو فى وقت دون وقت، فأشبه الاعتبار بالمنفعة.

١١٠٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ:

١١٠٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٠.

لا تُنْكَحُ الأَمَةُ عَلَى الْحُرَّةِ إلا أَنْ تَشَاءَ الْحُرَّةُ، فَإِنْ طَاعَتِ الْحُـرَّةُ، فَلَهَـا الثُّلُثَـانِ مِـنَ الْقَسْمِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: **«لا تنكح الأمة على الحرة إلا أن تشاء الحرة»**.

فرع: من أحد القولين اللذين قدمناهما أن له أن يتزوج الأمة على الحرة مع وجود الطول وأمن العنت. والثانى: ليس له ذلك إلا مع عدم الطول وخوف العنت.

وأما من منع نكاح الأمة على الحرة، فلا خيار ولا مشيئة فى ذلك للحرة. وقال أصبغ فى الواضحة والموازية: وإنما وجه الحديث عندنا أن تخيير المرأة إذا نكح عليها الأمة، وإنما ذلك فيمن يجوز له أن يتزوج الأمة بالثنيا والشرط، وذلك بأن لا تكفيه الحرة ولابد له من غيرها، فيخاف العنت ولا يجد طولاً إلى حرة أو هوى أمة معينة غالبًا فيخاف على نفسه فيها العنت إن لم يتزوجها، فيجوز له حينئذ أن يتزوجها على الحرة، فيكون للحرة الخيار على ما قدمناه.

فصل: وقوله: **«فإن طاعت فلها الثلثان من القسم»** يريد إن طاعت بالمقام معها فى تلك الحال، فإن للحرة من القسم الثلثين، وللأمة الثلث. وقد اختلف قول مالك فى هذا، فقيل هذا القول رواه ابن حبيب عن مالك، إذا كان الزوج حرًا. وفى المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه رجع قبل موته إلى أن للحرة الثلثين من القسم وللأمة الثلث. والقول الثانى يقسم بينهما بالسواء، وهو اختيار ابن القاسم. قال ابن المواز: وعليه ثبت مالك، وبه قال ربيعة.

وجه القول الأول بأن القسم بقدر الثواء بدليل أن الصغيرة التى لا تسلم إليه لا حظ لها من القسم، فلما كانت الحرة يثوى عندها ليلاً ونهارًا، والأمة فى الليل دون النهار، وجب أن يكون حظ الحرة من القسم أكثر.

ووجه القول الثانى أن هذا حق من حقوق الزوجة، فوجب أن تستوى فيها الحرة والأمة كالنفقة والكسوة.

مسألة: وهذا إذا كان الزوج حرًا، فإن كان عبدًا، فلا خلاف فى المذهب أن يسوى بينهما فى القسم إلا ما قاله ابن الماجشون، فإنه قال: يفضل الحرة على الأمة.

وجه القول الأول أن الأمة قد ساوت العبد فى الحرمة، فلا تفضل عليها فى القسم كالحرة تحت الحر. ووجه قول ابن الماجشون أن هذا عبد، فكان حكمه أن يفضل الحرة على الأمة فى القسم كالحر.

قَالَ مَالِك: وَلا يَنْبَغِى لِحُرٍّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً، وَهُوَ يَجِدُ طَوْلا لِحُرَّةٍ وَلا يَتَزَوَّجَ أَمَةً إِذَا لَمْ يَجِدْ طَوْلا لِحُرَّةٍ إِلا أَنْ يَخْشَى الْعَنَتَ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ عز وجل قَالَ فِى كِتَابِهِ: **﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾**، وَقَالَ: **﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾** [النساء: ٢٥].

قَالَ مَالِك: وَالْعَنَتُ هُوَ الزِّنَا(*) .

الشرح: وهذا كما قال أن الحر لا يجوز له أن يتزوج الأمة إلا بشرطين، أحدهما: عدم الطول. والثانى: خوف العنت.

هذا المشهور من مذهب مالك، رواه عنه فى المدونة ابن القاسم وابن وهب وعلى ابن زياد وابن نافع وهو قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعلى بن أبى طالب وجماعة من الصحابة والعلماء.

وفى العتبية والواضحة من سماع ابن القاسم عن مالك أنه أجاز للحر نكاح الأمة مع وجود الطول وأمن العنت. وحكى القاضى أبو الحسن أن قول هذا إنما هو لمن لم تكن تحته حرة على هذه الرواية، فأما إن كانت تحته حرة، فلا يجوز له ذلك؛ لأن الحرة عنده هى الطول، وقد تقدم بسط الكلام فى ذلك بما يغنى عن إعادته.

فصل: والدليل على اعتبار الشرطين المذكورين قوله تعالى: **﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾**، ثم قال تعالى: **﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾**، فشرط فى استباحة نكاح الإماء أن لا يستطيع طولاً بنكاح حرة، ويخاف العنت إن لم يتزوج الأمة، وإذا كان هذان المعنيان شرطين فى الإباحة، لم يجز له ذلك مع عدمهما.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى إنما يصح التعلق به لمن قال بدليل الخطاب فى الشرط؛ لأنه أباح هذا النكاح بالشرطين، وليس فى الآية ما يدل على المنع منه مع عدم الشرطين، ولمن قال: إن لفظة «ذلك» من ألفاظ الحصر، إلا أن المشهور من قول الصحابة المنع من ذلك مع عدم الشرطين المذكورين، والمنع من ذلك مع عدم الزوجة الحرة على ما أشار إليه القاضى أبو الحسن ليس بظاهر من أقوال الصحابة، ولا يكاد أن يصح على هذا التحريم من قولهم.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٨/١٦.

وأما قول ابن المواز بإجازة ذلك على الإطلاق فيتناوله عموم الآيتين إن لـم يمنـع منـه إجماع. وقد روى عن مجاهد وسفيان الثورى.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف قـول مـالك فـى الطـول المذكـور فـى الآيـة، ففـى المدونة من رواية ابن وهب وابن نافع عن مالك أن الطول المـال. وقـد تقـدم مـن روايـة القاضى أبى الحسن عن مالك أن الطول أن يكون فى عصمته حرة، رواه ابن المـواز عـن مالك، وقال: إذا كانت تحتـه حـرة لـم يـتزوج أمـة، وإن عـدم الطـول الـذى هـو المـال وخاف العنت.

وجه القول الأول، وهو الأظهر، أن الطول فى كلام العرب الغنى وكثرة المـال، قـال الله تعالى: ﴿**استأذنك أولو الطول منهم وقالوا ذرنا نكن مع القاعدين**﴾ [التوبـة: ٨٦]، يريد أولى الغنى، ولا نعلم اسم الطول يقع على الحرة بوجـه فـى لسـان العـرب كمـا لا يقع عليها اسم الغنى واليسار.

ووجه آخر وهو أنه تعالى قال: ﴿**فمن لم يستطع منكـم طـولاً أن ينكـح المحصنـات المؤمنات**﴾ [النساء: ٢٥]، فجعل الطول ممـا يتوصـل بـه إلى نكـاح الحـرة، ولـو كـانت الحرة طولاً لم يجعله شرطًا فى الوصول إليها؛ لأنه لا يصـح أن يقـول ومـن لـم يسـتطع منكم حرة أن ينكح حرة، ولما علق الاستطاعة على الطول فى الوصول إلى الحـرة علـم أن الطول غير الحرة، وإذا تقرر هذا فمـن قـال: إن الطـول المـال، فالنكـاح عنـده بمعنـى العقد، ومن قال: إن الطول الحرة، فالنكاح عنده بمعنى الوطء، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا إن الحرة ليسـت بطـول، فـإن كـان عنـده زوجتـان أو ثـلاث، فليـس بطول، وله أن يتزوج الأمة لوجود شرطى إباحة ذلك، رواه ابن المـواز عـن عبـد الملـك عن مالك.

وإذا قلنا إن الطول هو المال، فكم المعتبر منه، روى ابن حبيب عـن أصبـغ أنـه قـال: عدم الطول أن لا يجد ما يصلح لنكاح الحرة، وهى المحصنة المذكـورة فـى قولـه تعـالى: ﴿**أن ينكح المحصنات**﴾، من المهر والنفقـة والمؤنـة، ونكـاح الأمـة أخـف عليـه، وربمـا كانت نفقتها على غيره.

وروى ابن المواز فيمن قال: أنا أجد ما أتـزوج بـه حـرة، ولا أجـد مـا أنفـق عليهـا: ليـس لـه أن يـتزوج أمـة، إنمـا قـال تعـالى: ﴿**ومن لـم يسـتطع منكـم طـولاً أن ينكـح المحصنات المؤمنات**﴾ فظاهر هذا اللفظ يقتضى ما يتوصـل بـه إلى النكـاح وهـو المهـر،

وقول أصبغ محتمل لأنه إذا لم يجد ما ينفقه على الحرة لم يصل إلى الاستمتاع بها، وبه يأمن من العنت.

وقد قال جابر بن زيد: لا يجوز اليوم لأحد نكاح الأمة لأنه يجد نكاح الحرة بما ينكح به الأمة.

فرع: وسواء كان ما يقدر به على نكاح الحرة، نقدًا أو عرضًا، أو دينا على ملىء أو ما يمكن بيعه أو إجارته، فهو طول، رواه عبد الملك عن مالك.

قال ابن الماجشون: والكتابة على المكاتب طول؛ لأنه يمكن بيعها كالدين المؤجل وروى ابن حبيب عنه أنه قال: المدبر والمعتق إلى أجل ليس بطول؛ لأنه لا يمكن بيعه ولا يتصرف تصرف المال، والمراد به عندى إن لم يكن من منافعه ما يتوصل به إلى نكاح الحرة.

ومعنى ذلك أن ما أمكن أخذ ثمنه والمعاوضة به، فيبلغ ثمنه ما يتوصل به إلى نكاح الحرة، فهو طول، وما لم يبلغ ذلك أو لم يمكن ذلك فيه، فليس بطول والمدبر لا يمكن بيع رقبته، ولا بيع منافعه المدة الطويلة؛ لأن أمره مترقب لجواز أن يموت أو يمرض، فترد الإجارة، فلذلك لم يعد طولاً.

فصل: إذا ثبت ذلك، فمن تزوج أمة، وهو يجد طولاً، ولا يخاف عنتًا، فإن قلنا بجواز ذلك، فهو على نكاحه، وإن قلنا بالرواية الثانية، فقد روى ابن المواز عن أصبغ أنه يفسخ نكاحه، فإن خاف العنت وهو واجد للطول، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك أنه يفرق بينهما، قيل له: إنه يخاف العنت، قال: السوط ثم خففه بعد ورجع عنه.

وروى عنه محمد وابن حبيب فى الذى هوى أمة بعينها هوى لا يمكنه الصبر عنها، وخاف على نفسه العنت أنه يجوز له أن يتزوجها، وهذا مبنى على القول الذى رجع إليه مالك.

وأما على تعليق الإباحة بشرطين، فلا يجوز له ذلك مع وجود الطول إلى حرة إلا أن يزيد بالطول ما يصل به إلى استباحة ما خاف على نفسه العنت بالامتناع منه من ثمن أمة على اختيار مالكها أو مهر حرة على اختيارها، إن كانت معينة.

مسألة: فإذا قلنا إنه يجوز نكاح الإماء مع عدم الشرطين، فلا خلاف أن له أن

يتزوج أربعًا، وإذا قلنا لا يجوز ذلك إلا مع وجود الشرطين، فلكم نبيح له من نكاح الإماء؟ إن لم يزل خوف العنت إلا بنكاح أربع، فإن له ذلك.

وإن زال خوف العنت بواحدة، فروى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: أنه لا يجوز للحر أن يتزوج أمة وعنده أمة إلا أن لا يجد طولاً، ويخاف العنت، وظاهر رواية ابن المواز، يقتضى إباحة نكاح الأربع بعدم الطول وخوف العنت قبل نكاح واحدة منهن.

مسألة: فإذا تزوج أمة لوجود الشرطين ثم وجد بعد ذلك الطول وأمن العنت، فإنه لا يلزمه فراق الأمة، قاله ابن حبيب. قال القاضى أبو الحسن: وهو قول المزنى، فإنه قال: يفسخ نكاح الأمة.

والدليل على ما نقوله أن هذا نكاح أمة، انعقد لوجود شرطى الإباحة، فعدم أحد الشرطين لا يفسخ نكاحه كما لو عدم خوف العنت.

فصل: وهذا كله فى الحر، فأما العبد؛ فإن له أن يتزوج الأمة المسلمة على كل حال. والدليل على ذلك أنه مساو لها فى الحرية، فجاز أن يتزوجها دون عدم طول ولا خوف عنت كالحر يتزوج الحرة.

مسألة: فإن تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة، فلا خيار للحرة فى قول مالك وجميع أصحابنا، إلا ما رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه إذا تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة، ولم تعلم بذلك الحرة، فإن لها الخيار كما لها مع الحر.

فصل: وقول مالك: «**والعنت هو الزنا**» هذا الذى ذكره فى الموطأ. وروى ابن المواز عن أصبغ قال: بلغنى عن ربيعة أنه قال: العنت الهوى، وكان من أوعية العلم.

وأصل العنت فى كلام العرب ما يشقى على الإنسان ويتعبه ويضن به، وهذا موجود فيمن بلغت حاجته إلى النساء به خوف الزنا، وموجود فيمن بلغته حاجته مشقة الصبر الذى لا يستطاع عليه، ويخاف معه مواقعته، فكلا الوجهين يقع عليه اللفظ من جهة اللغة، وإنما يخاف من الهوى ما يعود إلى الزنا، فكلا التفسيرين يعودان إلى معنى واحد، وقد قال صاحب العين: العنت المشقة، والعنت الهلاك، وقيل الزنا.

* * *

ما جاء فى الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته ففارقها

١١٠٩ - عَنْ مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: فِي الرَّجُلِ يُطَلِّقُ الأَمَةَ ثَلاثًا ثُمَّ يَشْتَرِيهَا: إِنَّهَا لا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قوله: «**فى الرجل يشترى الأمة بعد أن طلقها ثلاثًا لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره**» على معنى أنه إذا طلقها ثلاثًا حرم عليه الاستمتاع بها بكل سبب، وعلى كل وجه إلا بعد زوج. وروى عن ابن عباس وطاوس وغيرهما: أنه يحل له بملك اليمين وإن كان طلقها ثلاثًا، ولم تتزوج غيره.

والدليل على ما نقوله وهو قول فقهاء الأمصار أن عقد النكاح فى إباحة الوطء أقوى من عقد الشراء بدليل أنه مقصوده، فإذا لم يستبح وطأها بعقد النكاح، فبأن لا نبيح له وطأها بملك اليمين، أولى وأحرى.

١١١٠ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلا عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ عَبْدًا لَهُ جَارِيَةً فَطَلَّقَهَا الْعَبْدُ الْبَتَّةَ ثُمَّ وَهَبَهَا سَيِّدُهَا لَهُ، فَهَلْ تَحِلُّ لَهُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ؟ فَقَالا: لا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قولهما فى العبد توهب له زوجته أمة بعد أن كان طلقها البتة «**أنه لا يستبيحها بالهبة ما لم تنكح زوجًا غيره**»؛ لأن ملكه إياها هبة أو صدقة أو ابتياعًا أو ميراثًا يختلف بوجه الملك صفة الملك، فلذلك لم يختلف فى الإباحة.

١١١١ - مَالِك أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ تَحْتَهُ أَمَةٌ مَمْلُوكَةٌ فَاشْتَرَاهَا، وَقَدْ كَانَ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فَقَالَ: تَحِلُّ لَهُ بِمِلْكِ يَمِينِهِ مَا لَمْ يُبِتَّ طَلاقَهَا، فَإِنْ بَتَّ طَلاقَهَا، فَلا تَحِلُّ لَهُ بِمِلْكِ يَمِينِهِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قوله فى الذى يبتاع الأمة بعد أن طلقها واحدة: «**أنها تحل له بملك يمينه**» وجهه أنه قد كان له استباحتها بالنكاح، فلذلك جاز له استباحتها بملك اليمين

١١٠٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩١.

١١١٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٢.

١١١١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٣.

كالأجنبية لأنه ملك التمتع بعقد يستباح به الوطء، فإذا لم يتقدم فيه من الطلاق ما يمنعه ارتجاعها، جاز له أن يستبيحها بملك اليمين، وإذا كان الذى تقدم له فيه من الطلاق يمنع ارتجاعها، فإنه يمنع استباحة وطئها بملك اليمين كما لو ارتجعها واستأنف نكاحها.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يَنْكِحُ الأمَةَ، فَتَلِدُ مِنْهُ ثُمَّ يَبْتَاعُهَا: إِنَّهَا لا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ بِذَلِكَ الْوَلَدِ الَّذِى ولدته وَهِىَ لِغَيْرِهِ حَتَّى تَلِدَ مِنْهُ، وَهِىَ فِى مِلْكِهِ بَعْدَ ابْتِيَاعِهِ إِيَّاهَا.

قَالَ مَالِك: فإِن اشْتَرَاهَا وَهِىَ حَامِلٌ مِنْهُ، ثُمَّ وَضَعَتْ عِنْدَهُ كَانَتْ أُمَّ وَلَدِهِ بِذَلِكَ الْحَمْلِ فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة إذا كان متزوجة الرجل، ثم تلد منه، لا تكون له أم ولد بذلك إن ابتاعها بعد ذلك؛ لأنها لم تلد منه بملك يمين، ولا ملكها وهى حامل منه. وقال أبو حنيفة وأصحابه: تكون أم ولد بما تقدم من ولادتها منه قبل ملكه لها.

والدليل على ما نقوله أنه لم يملكها حاملاً منه، فلا تكون أم ولد له كما لو حملت منه بزنى.

فصل: وقوله: **«وإن اشتراها وهى حامل منه، ثم وضعت عنده كانت أم ولد بذلك الحمل»**. وقال الثورى والشافعى: لا تكون أم ولد بذلك، وإن ملكها حاملاً حتى تحمل منه، وهى فى ملكه.

والدليل على ما نقوله أنه لما ملكها، وهى حامل منه، وعتق عليه الولد بملك أبيه سرى العتق إليها؛ لأنه عتق عليه بالشرع.

* * *

ما جاء فى كراهية إصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابنتها

١١١٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ وَابْنَتِهَا مِنْ مِلْكِ الْيَمِينِ تُوطَأُ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ الأخْرَى، فَقَالَ عُمَرُ: مَا أُحِبُّ أَنْ أَخْبُرَهُمَا جَمِيعًا، وَنَهَى عَنْ ذَلِكَ.

١١١٢ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٦٤/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٤. المحلى ٥٢٢/٩.

الشرح: قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى المرأة وابنتها: «**لا أحب أن أخبرهما**» يريد لا أحب أن أكون واطئًا لهما جميعًا. وذلك يقتضى أنه متى وطئ إحداهما، أيتهما كانت، امتنع من وطء الأخرى، فنهى عن ذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

قال ابن وهب: وقد بلغنى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: قد نزل فى القرآن النهى عن ذلك، يريد والله أعلم، ﴿**حرمت عليكم أمهاتكم**﴾، وفيها ﴿**وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم**﴾ [النساء: ٢٣]، وهذا على أن يحمل النساء على مقتضى اللغة دون عرفها، وكذلك الربائب، فيكون التحريم عامًا فى الوطء بالنكاح، وبملك اليمين.

وقد روى محمد بن مالك أنه قال: كل ما وصفت لك أنه يحرم بالنكاح، فإنه يحرم بالملك، يريد الوطء فيه. قال مالك: ولا بأس أن يجمع بينهما بملك اليمين، فمن وطئ منهما الأم والابنة، فقد حرمت عليه بذلك الأخرى أبدًا.

ووجه ذلك أنه قد يملك على هذا الوجه من لا يجوز له وطؤها كالخالة والعمة، فلذلك جاز له أن يجمع بينهما فى ملك اليمين، وإن لم يجمع بينهما بالوطء، فالجمع بينهما فى ذلك محرم كالجمع بينهما بعقد النكاح، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «**لا أحب أخبرهما جميعًا**» معناه أعرف حال هذه وحال هذه بالوطء، مأخوذ، والله أعلم، من الاختبار.

مسألة: وهذا حكم الوطء بملك اليمين، وكذلك الالتذاذ منها بالنظر إلى المعاصم والصدر.

ووجه ذلك أن من حرم للوطء، فإنه يحرم للنظر على وجه اللذة. أصل ذلك إذا عقد على الابنة عقد نكاح.

١١١٣ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ أَنَّ رَجُلا سَأَلَ عُثْمَانَ ابْنَ عَفَّانَ عَنِ الأخْتَيْنِ مِنْ مِلْكِ الْيَمِينِ، هَلْ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا؟ فَقَالَ عُثْمَانُ: أَحَلَّتْهُمَا آيَةٌ وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ، فَأَمَّا أَنَا فَلا أُحِبُّ أَنْ أَصْنَعَ ذَلِكَ، قَالَ: فَخَرَجَ مِنْ عِنْدِهِ فَلَقِيَ

١١١٣ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٦٣/٧. عبد الرزاق فى المصنف ١٨٩/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٥. الجصاص فى أحكام القرآن ١٣٠/٢. المحلى ٥٢٢/٩.

رَجُلا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: لَوْ كَانَ لِي مِنَ الأَمْرِ شَيْءٌ ثُمَّ وَجَدْتُ أَحَدًا فَعَلَ ذَلِكَ لَجَعَلْتُهُ نَكَالا. قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: أُرَاهُ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ.

١١١٤ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: هو قباذ الأسلمى، سأل عثمان بن عفان عن ذلك، فقال عثمان رضى الله عنه: «**أحلتهما آية وحرمتهما آية**». قال ابن حبيب: يريد بآية التحليل قوله تعالى: ﴿**إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين**﴾ [المؤمنون: ٦]، وقوله تعالى ﴿**والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم**﴾ [النساء: ٢٤]، ومعنى ذلك أنه عم، ولم يخص أختين من غيرهما.

وقوله: «**حرمتهما آية**» يريد قوله تعالى: ﴿**وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف**﴾ [النساء: ٢٣]، يريد أنها عامة فى تحريم الجمع بين الأختين، ولم يخص ملك يمين ولا غيره، فاتفق فيهما أهل الأمصار على المنع من ذلك، وهو المشهور عن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين.

والدليل علية عموم قوله تعالى فى آية التحريم، فهذه الآية عامة فى الملك، وخاصة فى الأختين وقوله تعالى: ﴿**أو ملكت أيمانكم**﴾ [النساء: ٣]، عامة فى الأختين وغيرهما، خاصة فى ملك اليمين.

فكلا الآيتين خاصة من وجه، عامة من وجه آخر، إلا أن آية ملك اليمين قد دخلها التخصيص بإجماع، وهى فى العمة والخالة والأم من الرضاعة، فإنه لا يجوز وطؤهن بملك اليمين، وآية التحريم لم يدخلها تخصيص، فوجب حملها على عمومها وتخصيص بها أولى وأحرى.

قَالَ مَالِك فِي الأَمَةِ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ فَيُصِيبُهَا ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُصِيبَ أُخْتَهَا: إِنَّهَا لا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى يُحَرِّمَ عَلَيْهِ فَرْجَ أُخْتِهَا بِنِكَاحٍ أَوْ عِتَاقَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ يُزَوِّجُهَا عَبْدَهُ أَوْ غَيْرَ عَبْدِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يحل الجمع بينهما فى المسيس بملك اليمين ولا غيره

١١١٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٦.

ولا بأس باجتماعهما فى ملك يمينه، ولا يخلو أن يجتمعا فى ملكـه قبـل وطء إحداهمـا، أو يبتاع إحداهما فيطؤها، ثم يبتاع الأخرى، فإن اجتمعا فى ملكه قبل الـوطء، فلـه أن يطأ أيتهما شاء، فإذا وطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى حتـى يحـرم علـى نفسـه التـى وطئ؛ لأن معنى الجمع بينهما فى أن يستبيح وطأها وهما فى ملكه، فإذا نـال إحداهمـا حرم عليه نيل الأخرى.

مسألة: فإن باع التى وطئ، ثم اشتراها قبل أن يطأ الثانية، فهو بالخيـار أيضًـا بـين أن يطأ أيتهما شاء لأن هذا ملك جديد لم يطأ فيه، فهو بمنزلة الذى اجتمعتا فى ملكـه قبـل أن يطأ واحدة منهما.

مسألة: فإن باع التى وطئ، ثم وطئ الأخـرى، ثـم اشترى الأولى، فإنـه يقيـم علـى وطء الثانية التى وطئ بعدأختها، ولا يحل له وطء الأولى؛ لأنه قد اشتراها بعد أن وطئ أختها، وهى عنده دونها. وهذا حكـم المـرأة مـع عمتهـا وخالتهـا بالنسـب والرضـاع، حكاه ابن المواز عن مالك.

* * *

النهى عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه

١١١٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَهَـبَ لابْنِـهِ جَارِيَـةً، فَقَـالَ: لا تَمَسَّهَا، فَإِنِّى قَدْ كَشَفْتُهَا.

الشرح: قول عمر رضى الله عنه لابنه حين وهبه الجارية: **«لا تمسها»** يقتضى صحـة ملك ابنه لمن لا يحل له وطؤها، وإنما نهاه عنها ليعرفه أنـه قـد جـرى لـه فيهـا مـا حـرم على ابنه وطؤها والاستمتاع بها.

فصل: وقوله رضى الله عنه: **«فإنى قد كشفتها»** يريد أنه قد كشف عنهـا ونظـر إلى بعض ما تستره من جسدها على وجه طلب اللذة والاستمتاع منهـا. قـال ابـن حبيـب: من ملك أمة فتلذذ منهـا بتقبيـل أو تجريـد أو مباشـرة أو ملاعبـة أو مغـامرة أو نظـر إلى شىء من محاسنها نظر شهوة، فكل ذلك يحرم على ابنه، وعلى أبيه التلـذذ بشـىء منهـا، إن ملكها بعده.

١١١٥ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٦٢/٧. وذكـره ابـن عبـد البر فـى الاستـذكار برقـم ١٠٩٧.

ورواه ابن المواز عن مالك، وزاد: وكذلك إن نظر إلى ساقها أو معصمها تلذذا، **فلا تحل لابنه ولا لأبيه.**

وقال القاضي أبو الحسن: إن نظره إلى فرجها أو غيره من جسدها لا يحرمها، وقال: والدليل لذلك أنه نظر إلى جسدها من غير مباشرة، ولا إنزال، فلم تحرم بذلك على ابنه. أصل ذلك إذا نظر إلى وجهها من غير لذة.

والدليل لصحة قول مالك أن هذا استمتاع مباح، فوجب أن تحرم به على الابن كالوطء.

مسألة: فأما إن النظر إليها عند اشترائه، أو مرض فقامت عليه واطلعت على عورته، ومست ذلك منه، أو مرضت فقام هو عليها، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: لا يحرمها ذلك على أبيه ولا على ابنه.

قال أصبغ: وذلك عندى إذا صح هذا ولم يكن شيء من اللذة بقلب ولا بصر ولا يد ولا فعل.

ووجه ذلك أنه لم يوجد منه استمتاع ولا قصد إلى الالتذاذ بها، فلم يحرم على ابنه كاستخدامها.

١١١٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْمُجَبَّرِ أَنَّهُ قَالَ: وَهَبَ سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ لابْنِهِ جَارِيَةً فَقَالَ: لا تَقْرَبْهَا، فَإِنِّى قَدْ أَرَدْتُهَا، فَلَمْ أَنْشَطْ إِلَيْهَا.

الشرح: «**لا تقربها**» يريد منعه من وطئها والاستمتاع بها، وهذا اللفظ إذا استعمل، فإنما معناه المنع من المنفعة المقصودة المعتادة من ملك العين، ولذلك قال تعالى: ﴿**ولا تقربا هذه الشجرة**﴾ [البقرة: ٣٥]، وإنما أراد المنع من أكلها، ثم بين ذلك بأن قال عز وجل: ﴿**فأكلا منها فبدت لهما سوآتهما وقال ألم أنهكما عن هذه الشجرة**﴾ [طه: ١٢١]، ولما كان المقصود من المرأة الوطء والاستمتاع بها كان المنع من أن يقربها بها منعا من وطئها.

فصل: وقوله: «**فإني قد أردتها**» يعنى أنه أراد وطأها لأن مثل هذا اللفظ من الإرادة والشهوة والكراهة متى علق على عين، فإنما يقتضى تعلقه بالفعل المقصود منه، فإذا قال: أراد الجارية، فإنما يعنى إرادة جماعها، وإذا قال: أردت الطعام، اقتضى ذلك إرادة

١١١٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٥٧/١٦.

أكله، إلا أن الإرادة هاهنا يحتمل أن يريد بها الإرادة بالقلب خاصة، وهذا لا يحرم، إلا يقترن بها من المباشرة أو النظر ما يوجب التحريم، وأما بمجرد الإرادة للغائب، فلا يتعلق بها حكم، ويحتمل أن يريد به عالجتها، وحاولت ذلك منها، وذلك الذى يتعلق به التحريم.

وأما عدم النشاط عن إكمال الجماع الذى حاوله أو أراده، فلا، إلا أنه لما وجد منه بالمحاولة ما يقتضى التحريم لزمه أن يخبر ابنه حين وهبه إياها بما يمنعه من الاستمتاع بها، وأخبره بوجه المنع منها.

مسألة: وهذا يلزم كل من وهب ابنه جارية جرى فيها ما يحرمها عليه أن يعلمه بذلك ليتوقاها، وإن لم يكن جرى منه ما يحرمها عليه أن يبين له ذلك، فيعلم بذلك أنها مباحة له فإن لم يبين له أحد الأمرين، فقد قال ابن حبيب: لا يحل لولد مسيس جارية ملكها أبوه، ولا لوالد مسيس جارية ملكها ولده، وإن كان صغيرًا إذا بلغ مبلغ من يلتذ بالجوارى خيفة أن يكون قد مسها أو تلذذ منها بشىء، حتى يبين الوالد للولد، والولد للوالد أنه لم يمسها ولا التذ بشىء منها.

١١١٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا نَهْشَلِ بْنَ الأَسْوَدِ قَالَ لِلْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ: إِنِّى رَأَيْتُ جَارِيَةً لِى مُنْكَشِفًا عَنْهَا، وَهِيَ فِي الْقَمَرِ، فَجَلَسْتُ مِنْهَا مَجْلِسَ الرَّجُلِ مِنِ امْرَأَتِهِ، فَقَالَتْ: إِنِّى حَائِضٌ، فَقُمْتُ فَلَمْ أَقْرَبْهَا بَعْدُ، أَفَأَهَبُهَا لابْنِى يَطَؤُهَا؟ فَنَهَاهُ الْقَاسِمُ عَنْ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «**إنى رأيت جارية منكشفًا عنها، وهى فى القمر**» يريد أنه ر ى جارية، قد انكشف ثوبها عنها، وأن الموجب لذلك أو المعين عليه كونها فى القمر.

وقوله: «**فجلست منها مجلس الرجل من امرأته عند الوطء**» وهذا قد وجد منه الالتذاذ بالنظر إليها ومحاولة مجامعته لها ومباشرة بعض جسمه بجسمها على وجه الاستمتاع منها، ثم منعه من إتمام الجماع ما أخبرته به من أنها حائض، فقام عنها لذلك فسأل بعد ذلك القاسم بن محمد، هل يحرمها ذلك على ابنه، فنهاه القاسم عن أن يهبها لابنه على وجه إباحة وطئه لها، ولم ينهه عن أن يهبها له؛ لأن ملك ابنه لها جائز، وإنما يحرم عليه الاستمتاع بها خاصة.

١١١٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٨.

١١١٨ - مَالِك، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي عَبْلَةَ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ انه وهب لِصَاحِبٍ لَهُ جَارِيَةً ثُمَّ سَأَلَهُ عَنْهَا، فَقَالَ: قَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَهَبَهَا لابْنِي فَيَفْعَلُ بِهَا كَذَا وَكَذَا، فَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ لَمَرْوَانُ: كَانَ أَوْرَعَ مِنْكَ وَهَبَ لابْنِهِ جَارِيَةً ثُمَّ قَالَ: لا تَقْرَبْهَا، فَإِنِّي قَدْ رَأَيْتُ سَاقَهَا مُنْكَشِفَةً.

الشرح: «قد هممت أن أهبها لابنى فيفعل بها كذا وكذا» ولم يذكر أنه قد جرى له فيها ما يمنع ذلك كلام محذوف، وذلك أنه روى أن الأب قد رامها، فعجز عنها، كذلك رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك أنه قال: أردتها، فلم أستطعها، وقد هممت أن أهبها لابنى، فيصيب منها، فحينئذ قال: **«قد هممت أن أهبها لابنى فيفعل بها كذا وكذا»** كناية عن الجماع، ولذلك قال له عبد الملك لمروان: **«كان أورع إذ قال لابنه فى جارية وهبه إياها: لا تقربها، فإنى قد رأيت ساقها منكشفا»** وهذا يسير فى جنب محاولة جماعها ومباشرتها ومضاجعتها، وغير ذلك من مقدمات الوطء والقصد إليه، ولم يمنعه من الوطء إلا العجز.

فصل: وقول مروان: **«قد رأيت ساقها منكشفًا»** يريد أنه قد رآه مكشوفًا، انكشف عنه الثوب، ولعله قصد اللذة والاستمتاع بالنظر إلى ذلك منها، فحرمت بذلك على ابنه أو لم يقصد ذلك، وأراد التناهى فى الورع والتوقف عما فيه بعض الشبهة عنده، والله أعلم وأحكم.

* * *

النهى عن نكاح إماء أهل الكتاب

قَالَ مَالِك: لا يَحِلُّ نِكَاحُ أَمَةٍ يَهُودِيَّةٍ وَلا نَصْرَانِيَّةٍ لأنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: **﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾** [المائدة: ٥] فَهُنَّ الْحَرَائِرُ مِنَ الْيَهُودِيَّاتِ وَالنَّصْرَانِيَّاتِ، وَقَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: **﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾** [النساء: ٢٥] فَهُنَّ الإِمَاءُ الْمُؤْمِنَاتُ.

١١١٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٩.

قَالَ مَالِك: فَإِنَّمَا أَحَلَّ اللَّهُ فِيمَا نُرَى نِكَاحَ الإِمَاءِ الْمُؤْمِنَاتِ، وَلَمْ يُحْلِلْ نِكَاحَ إِمَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يحل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية، وبهذا قال الشافعى وعامة الفقهاء، غير أبى حنيفة، فإنه قال بجواز ذلك.

والدليل على ما نقوله ما استدل به مالك، رحمه الله، من قوله تعالى:﴿**ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن**﴾ [البقرة: ٢٢١]، وهذا عام فيحمل على عمومه.

والدليل على أن اسم المشركات يتناول اليهودية والنصرانية من جهة اللغة أن معنى الشرك الإشراك بين شيئين، ومن جعل عيسى بن مريم ابنا لله فقد أشركه معه، وبذلك تعلق عبد الله بن عمر بعموم هذه الآية فى المنع من نكاح الحرائر الكتابيات. وقال رضى الله عنه: لا أعلم شركًا أعظم ممن جعل لله صاحبة وولدًا.

وأما من جهة الشرع، فقوله تعالى: ﴿**وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ذلك قولهم بأفواهم**﴾ [التوبة: ٣٠]، إلى قوله: ﴿**وما أمروا إلا ليعبدوا إلهًا واحدًا لا إله هو سبحانه عما يشركون**﴾ [التوبة: ٣١].

ومن جهة المعنى أن هذه امرأة اجتمع فيها نقصان مؤثران فى منع النكاح، فلم يجز لمسلم أن يتزوجها كالحرة المجوسية اجتمع فيها نقص الكفر ونقص عدم الكتاب.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يجوز هذا لحر ولا لعبد، فلو أراد رجل أن يزوج عبده المسلم من أمة نصرانية، فقد روى ابن حبيب وابن المواز: لا يحل ذلك.

ووجه ذلك أن هذا نقص من جهة الدين يمنع نكاح الحر، فمنع نكاح المجوسية.

مسألة: ومن كان تحته من النصارى أمة نصرانية فأسلم، فقد روى محمد عن ابن القاسم يفارقها، وعن أشهب: لا يفارقها.

وجه قول ابن القاسم أنه معنى ينافى ابتداء النكاح، فوجب أن ينافى استدامته كالأخوة والأمومة. وقال الشيخ أبو محمد فى قول أشهب: لعله يريد إن أعتقت أو أسلمت؛ لأنه ذكر محمد عن أشهب بعد هذا مثل قول ابن القاسم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فإن الله تعالى يقول فى كتابه: ﴿والمحصنات من المؤمنات**

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٦٢/١٦.

والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾» [المائدة: ٥]، يريد أن الإباحة إنما تعلقت بالحرائر خاصة دون الإماء؛ لأن التحريم عام فى كل مشركة بقوله تعالى: **﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾**، ثم خص هذا الحكم، بقوله تعالى: **﴿والمحصنات من الذين أوتو الكتاب من قبلكم﴾**، فهن الحرائر، فأباح تعالى نكاح حرائرهن، وعلى ذلك جماعة الفقهاء، وقالوا: الآية مخصصة بعموم الآية المانعة، وقد تزوج جماعة من الصحابة أهل الكتاب منهم عثمان وطلحة بن عبد الله رضى الله عنهما، ولا نعلم أحدًا منعه غير عبد الله بن عمر رضى الله عنه، وتعلق فيه بعموم الآية على ما تقدم ذكره.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد كرهه مالك من غير تحريم، رواه عنه جماعة من أصحابه. واحتج لذلك بأنى لا أدرى أن يضع ولد عند من يشرب الخمر ويأكل الخنزير ويغذيه، وإنما غذاء اللبن بما تأكله المرأة وتغلب على الصبى، فتضر به على ما لا يجوز ويضاجعها الرجل ولا تغتسل، فترك ذلك أفضل من غير تحريم.

فصل: وقوله تعالى: **﴿ومن لم يستطيع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت إيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾**، قال مالك: **«فإنما أحل الله فيما نرى نكاح الإماء المؤمنات»** يريد أنه قد أباح نكاح الإماء بالإيمان، فقال تعالى: **﴿من فتياتكم المؤمنات﴾** [النساء: ٢٥]، فقصر هذا الحكم عليهن دون غيرهن.

ويحتمل أيضًا أن يقال: إن قوله تعالى:**﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾** عام فى الإماء وغيرهن، فأخرج بالتخصيص بعد ما تقدم من إباحة المحصنات من الذين أوتوا الكتاب، الفتيات المؤمنات خاصة، فبقى تحريم الآية العامة فى الإماء اللاتى لسن بمؤمنات بمنع نكاحهن كما بقى نكاح الحرائر المجوسيات والوثنيات على التحريم، لأنه لم يبح منهن بالتخصيص إلا المحصنات من الذين أوتوا الكتاب دون المحصنات من غيرهن.

قَالَ مَالِك: وَالأَمَةُ الْيَهُودِيَّةُ وَالنَّصْرَانِيَّةُ تَحِلُّ لِسَيِّدِهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ.

قَالَ مَالِك: وَلا يَحِلُّ وَطْءُ أَمَةٍ مَجُوسِيَّةٍ بِمِلْكِ الْيَمِينِ(*).

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة الكتابية تحل بملك اليمين، وذلك أن ابنه منها حر،

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٦٢/١٦.

فلا يؤدى إلى أن يسترق ابنه كافر، وإن تزوجها أدى إلى أن يسترق ولده منها كافر، فلذلك جاز وطؤها بملك اليمين، ولم يجز بالنكاح.

وأما المجوسية، فلا يحل وطؤها بملك يمين، ولا عقد نكاح، وعليه إجماع الفقهاء ما دامت على مجوسيتها، وإن انتقلت إلى الإسلام، جاز نكاحها، ووطؤها بملك اليمين.

ويجوز ذلك فيها بمجرد إسلامها قبل أن تصلى، قاله ابن حبيب، واحتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿**ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن**﴾ [البقرة: ٢٢١]، والإيمان يكون بإظهار الشهادة والاعتقاد، وإن لم يكن وقت عمل ولا صلاة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى الإحصان

١١١٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: ﴿**الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ**﴾ [النساء: ٢٤] هُنَّ أُولاتُ الأَزْوَاجِ، وَيَرْجِعُ ذَلِكَ إِلَى أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ الزِّنَا.

الشرح: قول سعيد بن المسيب رضى الله عنه: «**إن المحصنات من النساء هن أولات الأزواج**» قد قال به جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدرى، وقال به جماعة من التابعين. وروى عن عطاء وطاوس أن المراد به جماعة النساء إلا من أحل له بالتزويج.

قال القاضى أبو إسحاق: فتأول ممن ذكرنا قولهم إن المحصنات جماعة النساء إلا من أحل بالتزوج، قال: وإنما قالوا بذلك جملة، ولم يبلغوا به استقصاء التفسير، وكذلك قالوا فى تفسيرها إنما حرم الزنى، فلم يبينوا أيضًا مذهبهم، وإنما جاء حقيقة التفسير من معناه على قولين، أحدهما: من قال إن ذلك مما ملكت يمين الرجل من المسلمات، فإن له إذا اشتراها، ولها زوج أن يغشاها.

والقول الآخر: ما جاءت به الرواية فى سبى أوطاس، فإن الآية إنما نزلت فى النساء اللاتى لهن أزواج فى بلد الشرك، فإذا سبين انقطعت العصمة بينهن وبين أزواجهن،

١١١٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٠٠. وذكره السيوطى فى الدرر المنثور ٤٨٠/٢، ونسبه لمالك، وعبد الرزاق، وابن أبى شيبة، وعبد بن حميد، والبيهقى، وسعيد بن المسيب.

وهذا هو الوجه الذى عليه عمل الناس، فإن نكاح العبد الأمة بإذن سيدها، ونكاح الحر لها بإذن سيدها، إذا لم يجد طولاً، وخاف العنت بانت بإجماع المسلمين، فليس يجوز إلا لحجة، ولا نعلم للذين قالوا خلاف هذا القول حجة.

يريد القاضى أبو إسحاق الرد على من قال: بيع الأمة طلاقها، وهو قول سعيد بن المسيب، ويريد أنهم لم يتموا التفسير الذى أشاروا إليه، وما قاله سعيد بن المسيب معناه عنده أنه حرم ذوات الأزواج إلا ما ملكت اليمين بابتياع جارية لها زوج، فإنها تحل له لأن بيع الأمة يفسخ نكاح زوجها ويزيل عصمته عنها، فأنكر ذلك القاضى أبو إسحاق، وذهب إلى معناه إلا من سبى جارية لها زوج ببلد الحرب، فإنها تحل له بملك اليمين؛ لأن السبى يفسخ النكاح، فاختار لذلك أن المحصنات هن ذوات الأزواج، وبه قال عمر بن الخطاب وعثمان وعلى وعبد الرحمن بن عوف وسعد وسعيد بن المسيب وغيرهم.

واختار أنه يباح منهن بملك اليمين المسبيات، ولم ينقل مالك من قول سعيد بن المسيب أن بيع الأمة طلاقها لما لم ير ذلك، وأن الصواب قول من قال: إن بيع الأمة لا يؤثر فى نكاحها فرقة، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

ويدل عليه ما روى فى حديث بريرة أن عائشة رضى الله عنها اشترتها وأعتقتها فخيرها رسول الله ﷺ، ولو كان بيعها يفسخ نكاحها لما خيرها.

فصل: وأما قول عطاء وطاوس: إن المحصنات هن جماعة النساء، وقولهما: إن معنى قوله تعالى: ﴿**إلا ما ملكت أيمانكم**﴾ [النساء: ٢٤]، إلا ما أحل لكم من التزويج. وقول القاضى أبى إسحاق: إنهما لم يبلغا نهاية التفسير، ويحتمل أن يريد أنهما قصرا فى النظر ولم يستوعبا استيعابًا يصلان به إلى الصواب.

وخالفهما فى موضعين فى قولهما: إن المحصنات هن جماعة النساء. وفى قولهما: إن ما ملكت أيمانكم الزوجات. وما ذهب إليه صواب عندى؛ لأن لفظ المحصنات لا يقع على النساء، وإنما يقع على نوع ملك أو أنواع وسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

والذى يدل على أن المحصنات لا يقع على جماعة النساء فى قوله تعالى: ﴿**والمحصنات من النساء**﴾ [النساء: ٢٤]، ومن للتبعيض، وهذا يقتضى أن المحصنات بعض النساء، ولا تحمل «من» على أنها زائدة؛ لأن سيبويه قال: لا تكون زائدة إلا فى

النفى فى قولهما: ما جاءنى من أحد، وإن سلمنا كونها زائدة، فإن الظاهر أنها للتبعيض أو للجنس، وهو يعود إلى معنى التبعيض، فلا يعدل إلى أنها زائدة إلا بدليل.

ومما يدل على أن المحصنات لا يراد به جماعة النساء قوله تعالى: ﴿**إلا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين**﴾ [النساء: ٢٤]، وإذا كان المحصنات جماعة النساء، لم يبقى وراءهن من مباح، فثبت أن المحصنات نوع من النساء، فعلق التحريم بهن وأحل غيرهن.

ويدل على ذلك أيضًا أنه تعالى حرم فى أول الآية الأمهات والبنات والأخوات وسائر أنواع ذوات المحارم، ومما يحرم بالمصاهرة، وهن من النساء، فالظاهر أنه ذكر بعد ذلك نوعًا من النساء لم يتقدم ذكره، وعطفه على ما تقدم.

ولو سلمنا أن المحصنات جماعة النساء، وثبت هذا بلغة أو شرع لم يكن فى ذلك مخالفة لمذهب مالك لأنه يكون معناه: والنساء محرمات على الرجال إلا ما ملكت أيمانكم بالنكاح وملك الرقبة، وهذا وجه صحيح.

وقد روى عن عطاء وطاوس: زوجتك مما ملكت يمينك. وقد قال عبيدة السلمانى: إن المحصنات المذكورات فى الآية، هن ما زاد على الأزواج، وأباح الأربع بقوله تعالى: ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم**﴾ [النساء: ٢٤]، واستثنى من الزائد على الأربع ما ملكت يمينه.

فصل: وقول سعيد بن المسيب: «**ويرجع ذلك إلى أن الله حرم الزنى**» وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معناه: لا يكون إحصان بزنى، ولا يكون إلا بنكاح، وهذا فيه نظر؛ لأنه ليس فى الآية ذكر للزنى، ولا سيما على تأويل سعيد بن المسيب.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أن يكون معناه: إن المحصنات إذا كن ذوات أزواج، ولا يمكن أن ينعقد عليهن عقد نكاح، فإنما يتوجه التحريم إلى الوطء دون العقد، وذلك زنى إلا بملك اليمين الذى استثناه، وما قلنا أولاً من اختيار القاضى أبى إسحاق أظهرما قلناه فيه، والله أعلم.

١١٢٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ وَبَلَغَهُ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا كَانَا يَقُولانِ، إِذَا نَكَحَ الْحُرُّ الأَمَةَ فَمَسَّهَا فَقَدْ أَحْصَنَتْهُ.

١١٢٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٠١.

قَالَ مَالِك: وَكُلُّ مَنْ أَدْرَكْتُ كَانَ يَقُولُ ذَلِكَ: تُحْصِنُ الأَمَةُ الْحُرَّ إِذَا نَكَحَهَا فَمَسَّهَا.

الشرح: قال ابن شهاب والقاسم بن محمد: «**إذا تزوج الحر الأمة فمسها فقد أحصنته**» يريد الإحصان الذى يجب به على المحصن إذا زنى الرجم، والإحصان على أوجه الإحصان بمعنى الحرية فى قوله تعالى: ﴿**والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم**﴾ [المائدة: ٥].

قال مالك: فهن الحرائر. والثانى: المحصنات ذوات الأزواج من قوله تعالى: ﴿**والمحصنات من النساء**﴾ [النساء: ٢٤]، يريد ذوات الأزواج. والثالث الإحصان، بمعنى العفاف. قال حسان بن ثابت رضى الله عنه فى عائشة رضى الله عنها:

حصان رزان ما تزن بريبة   وتصبح غرثى من لحوم الغوافل

قال ابن عرفة فى كلام العرب، فى المنع: فالمرأة تكون محصنة بالإسلام؛ لأن الإسلام يمنعها مما حرم عليها، وتكون محصنة بالعفاف فى الحرية، ومحصنة بالتزويج، وأما الإحصان الذى ذكرناه، فهو الذى يستحق من حصل له بالزنى الرجم، فالصفات المتقدمة من صفات هذا الوجه الآخر؛ لأنها لا تحصن إلا حرة أصيبت بنكاح.

وقد تقدم وجه آخر، وهو أن تكون المحصنات بمعنى النساء، وإنما قصد القاسم بن محمد بالإحصان الوجه الآخر، وفيه أربعة أبواب الأول: فى صفات المحصن. والثانى: فى وصف ما يكمل به الإحصان من العقود. والثالث: فى ذكر ما يحصل به الإحصان من الجماع. والرابع: ما يثبت به حكم الإحصان.

* * *

الباب الأول فى صفات المحصن

هى أن يكون بالغًا حرًا مسلمًا، يصح منه الجماع، وقد اختلف فى اعتبار العقل، فأما الصغير، فإنه يكون محصنًا بجماعة، ويحصن الكبيرة ولا يحصن الصغيرة، قاله مالك فى المدونة.

ووجه ذلك أن الفعل مضاف إلى فاعله، وهو الرجل، فيجب أن يعتبر بحاله، فإذا كان كبيرًا، فهو جماع، وإذا كان صغيرًا، فليس بجماع.

فإذا كان المجامع كبيرًا والمجامعة صغيرة، فله حكم الجماع التام، فيجب أن يؤثر

فى حق من كملت له صفات الإحصان دون غيره، ولا يؤثر فى حق من عدم فيها شرطًا من شروط الإحصان كالصبية التى عدم فيها البلوغ.

مسألة: وأما الحرية، فهى من صفات الإحصان، فإذا وجدت هذه الصفة فى الرجل والمرأة، ووجد منها الجماع فهما محصنان، ومن عدمت فيه هذه الصفة منهما لم يثبت له بالجماع حكم الإحصان، ويثبت للآخر إذا وجدت فيه.

مسألة: وأما الإسلام، فإن كانا مسلمين فهما بالجماع محصنان، وكذلك إن كان الرجل مسلمًا، فهو المحصن دونها لوجود شرط من شروط الإحصان فيه وعدمه فيها، ولا يتصور أن تكون هى المسلمة دونه؛ لأن النكاح بينهما على هذا الوجه لا يصح.

فرع: وإذا ثبت للرجل أو المرأة حكم الإحصان، ثم ارتد عن الإسلام، فإنما يسقط حكم الإحصان، فإن رجع إلى الإسلام لم يكن محصنًا إلا بإحصان مستأنف. هذا المشهور من قول مالك وابن القاسم. وقال سحنون فى المدونة: يؤثر هذا القول. وقد قال غيره من الرواة: إن ردته لا تسقط حصانته ولا إيمانه.

ووجه القول الأول قوله تعالى: ﴿**لئن أشركت ليحبطن عملك**﴾ [الزمر: ٦٥]، وهذا قد أشرك، فوجب أن يحبط كل عمل كان عمله. وقد قال مالك: إنه إذا ارتد ثم راجع الإسلام، فإن فريضة الحج تعود عليه، نسأل الله تعالى أن يعيذنا برحمته.

ووجه القول الثانى أن هذا حكم من أحكام الزوجية، فلم يسقط بالردة كالطلاق ولأنه لو طلق زوجته، ثم ارتد لم يبطل طلاقه، وتعود بردته زوجته.

مسألة: وأما كونه ممن يصح منه الجماع، فهو التسليم الذى ليس به آفة تمنعه الجماع، مثل أن تكون المرأة رتقاء لا يمكن وطؤها، أو يكون الرجل مجبوب الذكر ولا يمكن وطؤه، فإن بقى منه ما يمكن وطؤه به، فإنه يقع به الإحصان، وإن كان خصيًا، رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، ورواه ابن المواز عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أن الجماع يتأتى منه، وقد وجدت فيه سائر شروط الإحصان، فوجب أين يكون محصنًا.

مسألة: وأما الجنون، فقد اختلف فى ذلك أصحاب مالك، فروى ابن المواز عن ابن القاسم: إن لم يطأ إلا وهى مجنونة، وهو مفيق، فهو المحصن دونها، وإن كان مجنونًا، وهى مفيقة، فهى المحصنة دونه. وقال أشهب: الاعتبار فى ذلك بحال الزوج، فإن كان

مفيقًا دونها، فهما محصنان، وإن كان مجنونًا دونها، فلا يحصن بذلك أحدهما. وقال ابن الماجشون: سواء كانا مجنونين أو أحدهما، فإنهما محصنان.

وجه قول ابن القاسم أن المعنى إذا كان يؤثر فى الإحصان وجب أن لا يتعدى تأثيره من وجد فيه كالحرية والإسلام.

ووجه قول أشهب بأن الجنون لا ينقص من الحرية، وما لا ينقص من الحرية، فإنه يعتبر فيه بحال الرجل؛ لأنه الفاعل للوطء كوطء الصغير، وهذا خالف الرق والكفر، فإن لكل واحد منهما تأثيرًا فى نقص الحرية، فلذلك لم يعتبر فيه بصفة الفاعل خاصة، بل كان لكل واحد من الزوجين حكم نفسه.

ووجه قول عبد الملك أن هذا وطء صحيح قد وجد من بالغ مسلم، فوجب أن يحصن كوطء الحر المسلم وليس عندنا للجنون تأثير فى منع الإحصان.

* * *

الباب الثانى فى وصف ما يكمل به الإحصان من العقود

وهو العقد الصحيح اللازم الذى لا خيار فيه، فأما العقد الفاسد، فلا يكون به الإحصان. وقد قال ابن حبيب: كل نكاح كان حرامًا أو فاسدًا قبل الدخول أو بعده، فلا يحصن الوطء فيه.

ووجه ذلك أن الإحصان لما كان متعلقًا بالكمال وتمام الحرمة، لم يؤثر فيه العقد الفاسد؛ لأنه مضاد للكمال ومناف له، فلا تحصل به صفات الكمال.

فرع: فإن كان العقد مما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ووطئ بعد تمام العقل، وفى الوقت الذى يحكم بصحته وإثباته، فإنه يقع به الإحصان.

وأما إن وطئ قبله، وهو الذى يفوت به النكاح، فلم أر فيه نصًا، وعندى أنه يحتمل الوجهين، فإن قلنا إنه وطء ممنوع، فأنه لا يقع به الإحصان، لأن أوله ممنوع وباقيه كان يجب أن يكون بعد الاستبراء، فيجب أن لا يقع به إحصان ولا إحلال، وإن قلنا إنه مباح، لزمنا أن نقول إنه يقع به الإحصان؛ لأن تناوله حال الإيلاج، وبه يلزم النكاح وما بعده يقع به الإحصان.

* * *

الباب الثالث فى ذكر ما يقع به الإحصان من الجماع فى الفرج على وجه الإباحة

فإذا غابت الحشفة أو غاب من ذكر مقطوع الحشفة بقدر ذلك على هذا الوجه، فقد وجب الإحصان فى حق من اجتمعت له صفات الإحصان، أنزل أو لم ينزل.

ووجه ذلك أنه حكم يتعلق بالجماع، فلا اعتبار فيه لإنزال كالحدود ووجوب المهر.

مسألة: وهذا فى الذكر المنتشر، فإن لم يكن منتشرًا، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم فى التى تزوجت شيخًا كبيرًا، فأدخلت بإصبعها ذكره فى فرجها: إن انتشر بعد ذلك أحلها للمطلق ثلاثًا، وإن بقى على ذلك لم يحلها. قال محمد عن ابن القاسم: فإن وطئها فوق الفرج فدخل ماؤه فى فرجها، فأنزلت هى، لم يحصنها ذلك، ولم يحلها، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا كان الوطء مباحًا عاريًا من الكراهية. وأما إذا تعلقت به كراهية أو تحريم كوطء الصائم أو المحرم أو المعتكف، فإنه لا يقع به الإحصان، هذا الذى رواه ابن القاسم عن مالك، وبه يأخذ مطرف، زاد محمد بن عبد الملك: وكذلك الحائض والمظاهر منها. وروى عن مالك: يحصن ولا يحل للمطلق ثلاثًا، وبه قال المغيرة وابن دينار، وانفرد ابن الماجشون بقوله: يحل ويحصن، وبه يأخذ ابن حبيب.

ووجه نفى الإحصان ما قدمناه من أنه معنى يؤثر الإحصان، فوجب أن يقع على وجه الصحة كعقد النكاح. ووجه إثبات الإحصان أن هذا الوطء لا يؤثر فى النكاح؛ لأنه وطء مباح، وإنما وقع على صفة محظورة، وذلك لا يمنع وقوع الإحصان به.

فرع: إذا قلنا إن الصائم يمنع الإحصان، فالذى روى محمد: أن الصائمة تمنع الإحصان ولم يفصل، قال: وهكذا كل ما نهى النبى ﷺ عن مواقعة الجماع فيه. وقال ابن حبيب: ما كان من صيام نذر معين أو صيام رمضان أو كفارة قتل أو ظهار أو يمين أو فدية أذى أو كل صوم فى كتاب الله تعالى واجب، فهذا الذى اختلف فيه أصحابنا على ما تقدم وأما صيام التطوع أو قضاء رمضان أو نذر غير معين، فجمع عليه من قول مالك وأصحابه أن الوطء فى ذلك يحل ويحصن، وهذا مخالف لما فى المدونة والموازية.

* * *

الباب الرابع فيما يثبت به حكم الإحصان

حكم الإحصان أن يبنى بها ويتفقا على الإقرار بالوطء، فإن أقر به أحدهما وأنكر الآخر، فإنه لا يقع به الإحصان للمقر ولا للمنكر، رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة والموازية. وزاد سحنون فى المدونة: قال بعض الرواة: يقول: لها أن تسقط ما أقررت به من الإحصان قبل أن يوجد فى زنا وبعده.

وجه القول الأول أن الإحصان حكم يلزمها بالوطء، فلا يثبت إلا باتفاقهما عليه به.

ووجه القول الثانى ما احتج القائل به من أن للزوجة إذا كانت هى المقرة أن تقول أردت بالإقرار أخذ المهر وللزوج أن يقول أردت أن أثبت عليها الرجعة وأوجب عليها العدة، والحدود تؤثر فى إسقاطها الشبهة ، ولما كان يجوز إسقاط الحد جملة بالرجوع عن الإقرار، فكذلك يجوز إسقاط صفة من صفاته بالإنكار بعد الإقرار والرجوع إلى شبهة.

مسألة: فإن طالت مدة مقامها عند الزوج العشرين سنة ونحوها، ثم وجدت تزنى، فأنكرت وطء الزوج، وأقر به الزوج، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: هى محصنة. قال سحنون، وكذلك غيره من الرواة: لأنها تريد أن تدفع بإنكارها حقًا وجب لم يتقدم فيه دعوى.

وفى كتاب الرجم من المدونة: إن طال مقامها معه ثم زنا، فقال: لم أجامعها، أنه إن لم يعلم وطؤه إياها بوطء ظاهر أو إقرار، فلا حد عليه عند مالك ويحلف، فإن علم منه إقرار بالوطء رجم. قال يحيى بن عمر: وهذه خير من التى فى كتاب النكاح. وفى الموازية عن عبد الملك: إن حدها الرجم إذا أنكرت الوطء بعد الزنا، ولو لم يبت عندها إلا ليلة واحدة. قال محمد وهو قول ابن القاسم.

فرع: وهذا إذا كان بعد الزنا، وأما إذا طالت المدة واختلفا فى الوطء قبل الزنا، فإنها لا تكون محصنة، وإن كان قد أقام معها الدهر الطويل والسنين الكثيرة، فارقها فى ذلك أو لم يفارقها، رواه محمد عن عبد الملك، قال: لأن طول المقام لا يمنعها إنكار الوطء كما لو ادعت عليه العنت، لكان لها ذلك بعد طول المدة، فكذلك فى مسألتنا مثله.

قَالَ مَالِك: يُحْصِنُ الْعَبْدُ الْحُرَّةَ إِذَا مَسَّهَا بِنِكَاحٍ، وَلا تُحْصِنُ الْحُرَّةُ الْعَبْدَ إِلا أَنْ

يَعْتِقَ، وَهُوَ زَوْجُهَا فَيَمَسَّهَا بَعْدَ عِتْقِهِ»، فَإِنْ فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ، فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ حَتَّى يَتَزَوَّجَ بَعْدَ عِتْقِهِ وَيَمَسَّ امْرَأَتَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن العبد يحصن زوجته الحرة، وبه قال جمهور الفقهاء. وقال عطاء: لا يحصنها.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور أن هذه موطوءة بنكاح عرا عن الفساد، وقد وجدت فيها صفات الإحصان، فوجب أن تكون محصنة كما لو كان زوجها حرًا.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن العبد إنما يحصن زوجته الحرة بنكاح أذن فيه السيد، فإن أصابها بنكاح لم يأذن فيه سيده، ففرق بينهما، فلا خلاف على المذهب نعلمه، أنه لا يقع به الإحصان.

وإن أجاز السيد النكاح بعد أن وطئها، فالمشهور من المذهب أنه لا يحصنها ما تقدم من وطئها، وكذلك كل وطء فيه خيار لا حد فيه كوطء المجبوب والمجنون والمجذوم قبل أن تعلم الزوجة داءه، فإنه لا يقع من ذلك الإحصان.

مسألة: فإن وطئ بعد الإجازة، فلا خلاف نعلمه في المذهب أن الإحصان يحصل للزوجة الحرة؛ لأنه وطء كامل لا خيار فيه لأحد، صادف من كملت له صفات الإحصان، فوجب أن يحصن.

فصل: وقوله: **«فإن عتق العبد فوطئها بعد عتقه فقد أحصنته»** لأن صفات الإحصان قد تجمعت فيه، ولو فارقها قبل أن يعتق ثم أعتق، فإنه لا يكون محصنًا بما تقدم من وطئها قبل الفراق والعتق، وإنما يكون إحصانه بعد هذا، بأن يتزوج بعد العتق ثم يصيب امرأته، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: وَالأَمَةُ إِذَا كَانَتْ تَحْتَ الْحُرِّ ثُمَّ فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ تَعْتِقَ، فَإِنَّهُ لا يُحْصِنُهَا نِكَاحُهُ إِيَّاهَا وَهِيَ أَمَةٌ حَتَّى ينكحها بَعْدَ عِتْقِهَا وَيُصِيبَهَا زَوْجُهَا فَذَلِكَ إِحْصَانُهَا

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة إذا كانت تحت الحر، فإنه لا يحصنها نكاحه ووطؤه إياها في حال رقها، ولا يثبت لها حكم الإحصان بما تقدم من إصابته إياها حتى يعتق، ثم يصيبها زوج بعد العتق، وإنما قال مالك: حتى تنكح بعد عتقها، ويصيبها زوجها

فيمن لا زوج لها، فأما أن يكون عقد نكاحها بعد عتقها شرطًا فى إحصانها، **فلا، بل** إذا كان لها زوج قبل العتق بذلك النكاح بعد العتق، فإنه يحصنها إذا كان حرًا، ولو كان عبدًا وأصابها قبل أن تعلم بعتقها لم يحصنها ذلك؛ لأن الخيار لها فى المقام معه والمفارقة له ثابت، وقد تقدم أن كل وطء يبقى خيارًا، فإنه لا يقع به الإحصان.

قَالَ مَالِك وَالأَمَةُ إِذَا كَانَتْ تَحْتَ الْحُرِّ فَتَعْتِقُ، وَهِيَ تَحْتَهُ، قَبْلَ أَنْ يُفارِقَهَا، فَإِنَّهُ يُحْصِنُهَا إِذَا عَتَقَتْ، وَهِيَ عِنْدَهُ، إِذَا هُوَ أَصَابَهَا بَعْدَ أَنْ تَعْتِقَ.

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة إذا كانت تحت الحر فتعتق، وهى تحته، فإنه يحصنها إذا هو أصابها بعد العتق عالمة كانت بالعتق أو جاهلة؛ لأن عتقها لا يوجب لها خيارًا، فمتى أصابها بعد العتق، فقد صادف وطؤها نكاحًا صحيحًا لازمًا، فإذا وقع الوطء على وجه الصحة أوجب الإحصان لاجتماع صفات الإحصان فيها، والله أعلم.

وقَالَ مَالِك: وَالْحُرَّةُ النَّصْرَانِيَّةُ وَالْيَهُودِيَّةُ وَالأَمَةُ الْمُسْلِمَةُ يُحْصِنَّ الْحُرَّ الْمُسْلِمَ إِذَا نَكَحَ إِحْدَاهُنَّ فَأَصَابَهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن الصفات المانعة من الإحصان إنما تؤثر إذا كانت صفات حرمة فى منع إحصان من وجدت فيه، وإذا كانت صفات تمام حرمة، فإنها تؤثر فى إثبات الإحصان فيمن وجدت فيه، ولم تتعد إلى غيره، ولما كان الكفر والرق من صفات النقص أثرت فى منع الإحصان فيمن وجدت فيه ولم يتعد المنع إلى غيره، والحر المسلم البالغ تحصنه الأمة المسلمة والحرة والكتابية، ولا يتعدى نقصهن إليه، فيمنعه الإحصان كما لا يتعدى تمام حرمته التى يثبت له بها حكم الإحصان بنكاحه إحداهن وإصابتها.

* * *

نكاح المتعة

١١٢١ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ وَالْحَسَنِ ابْنَيْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ

١١٢١ – أخرجه الترمذى ١١٢١، ٤٢١/٣ كتاب النكاح باب تحريم نكاح المتعة عن على. والنسائى ٢٠٣/٧ كتاب الصيد والذبائح باب تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية عن على. وابن ماجه ١٩٦١، ٦٣١/١ كتاب النكاح باب النهى عن نكاح المتعة عن على. وأحمد ٤٠٤/٣ عن ربيع بن سبرة عن أبيه، والطبرانى فى الأوسط ١٢٧/٣ عن على.
=

ابْنِ أَبِى طَالِبٍ، عَنْ أَبِيهِمَا، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِى طَالِبٍ رَضِى اللَّـهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ، وَعَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْحُمُرِ الإِنْسِيَّةِ(١).

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**نهى رسول الله ﷺ عن متعة النساء يوم خيبر**» يريد أنه نهى ذلك اليوم عنها، ونسخ ما تقدم من إباحتها، والمتعة المذكورة هى النكاح المؤقت مثل أن يتزوج الرجل المرأة سنة أو شهرًا أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا انقضت المدة، فقد بطل حكم النكاح وكمل أمره، قاله ابن المواز وابن حبيب.

زاد ابن حبيب: أو مثل أن يقول المسافر يدخل البلد: أتزوجك ما أقمت حتى أقفل، وقد كانت هذه المتعة فى أول الإسلام مباحة، وكان عبد الله بن عباس علم الإباحة، ولم يعلم التحريم حتى أنكر عليه على بن أبى طالب رضى الله عنه إباحة ذلك، وأعلمه بما ورد فى ذلك من التحريم. وقد روى محمد بن الحنفية أن عليًا بلغه أن رجلاً لا يرى بالمتعة بأسًا، فقال: إنك رجل تائه، نهى رسول الله ﷺ عنها، وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر.

=قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/١٩٩: لم يختلف رواة الموطأ - فيما علمت - فى إسناد هذا الحديث ولا فى متنه، ورواه يحيى بن أيوب المصرى، عن مالك، وأبو زبيد عبثر بن القاسم، عن سفيان الثورى، عن مالك - فذكر فيه مخاطبة على لابن عباس فى المتعة: قوله له: دع عنك هذا - فى رواية يحيى بن أيوب. وفى رواية عبثر: إنك امرؤ تائه، إن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأهلية. وقد روى هذا الحديث، عن مالك - جماعة من الأئمة منهم: يحيى بن سعيد، وسفيان بن سعيد، وعمر بن محمد بن زيد، وحماد بن زيد وورقاء بن عمر؛ فمنهم من ذكر مخاطبة على لابن عباس فيه، ومنهم من ساقه - كما فى الموطأ. وهكذا قال مالك فى هذا الحديث: نهى عن متعة النساء - يوم خيبر - وعن أكل لحوم الحمر الأهلية. وقد تابعة على ذلك جماعة منهم: معمر، ويونس بن يزيد، عن ابن شهاب، ويحيى ابن سعيد الأنصارى؛ ولم يسمعه يحيى بن سعيد من ابن شهاب، إنما سمعه من مالك، عن ابن شهاب، وسفيان بن حسين، كلهم اتفقوا عن ابن شهاب، فجعلوا النهى عن متعة النساء يوم خيبر - كما قال مالك. وخالفهم ابن عيينة، فيما ذكر الحميدى عنه. وفى رواية غير الحميدى ليس بمخالفة لهم، وقد كان بعض أصحابنا يقول: يحتمل حديث مالك التقديم والتأخير، كأنه أراد: نهى عن متعة النساء، وعن أكل لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر فيكون الشىء المنهى عنه - يوم خيبر، أكل لحوم الحمر خاصة، ويكون النهى عن المتعة خارجًا عن ذلك موقوفًا على وقته بدليله، وهذا تأويل فيه بعد.

(١) الحمر الأنسية: قال النووى ضبطوه بوجهين كسر الهمزة وسكون النون وفتحهما جميعًا ورجحه القاضى عياض وقال أنه رواية الأكثرين.

وقد روى ابن حبيب أن ابن عباس وعطاء كانا يجيزان المتعة، ثم رجعا عن ذلك، ولعل عبد الله بن عباس إنما رجع لقول على له، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه إن وقع يفسخ، زاد الشيخ أبو القاسم: قبل البناء وبعده.

ووجه ذلك أن النبى ﷺ نهى عنها، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه. ومن جهة المعنى أنه عقد نكاح فسد بعقده، فوجب أن يفسخ قبل البناء وبعده كالنكاح بغير ولى.

مسألة: فإن تزوج رجل امرأة على أن يأتيها نهارًا، ولا يأتيها ليلاً، فقد روى محمد ابن القاسم: إن ذلك مكروه، ولا أحرمه، فإن وقع، فقد ورى محمد عن ابن القاسم: يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده. وقال الشيخ أبو القاسم: يفسخ قبل البناء وبعده.

وجه المنع فى ذلك أن فيه شيئًا من المتعة، وذلك أنه قد دخل مدة النكاح التحديد، وذلك يؤثر فى فساده. ووجه ثان، وهو أنه قد شرط فى النكاح ضد مقتضاه؛ لأن مقتضاه تأبد المواصلة، واستكمال ملكه على منفعة البضع، فلا يجوز أن يشرط ما يمنع ذلك، ولذلك لم يكن للمرأة زوجان، وإنما قلنا يفسخ قبل البناء وبعده؛ لأن الفساد فى العقد.

مسألة: ويجب لها بالبناء عند ابن القاسم، مهر المثل. وعند محمد بن المواز: المسمى، وبه قال الشيخ أبو القاسم، وهو الصواب؛ لأن الفساد فى العقد دون المهر.

مسألة: ومن تزوج امرأة لا يريد إمساكها، إلا أنه يريد أن يستمتع بها مدة ثم يفارقها، فقد روى محمد عن مالك، ذلك جائز، وليس من الجميل، ولا من أخلاق الناس.

ومعنى ذلك ما قاله ابن حبيب: أن النكاح وقع على وجهه، ولم يشترط شيئًا، وإنما نكاح المتعة ما شرطت فيه التفرقة بعد انقضاء مدة.

قال مالك: وقد يتزوج الرجل المرأة على غير إمساك، فيسره أمرها فيمسكها، وقد يتزوجها يريد إمساكها ثم يرى منها ضد الموافقة، فيفارقها، يريد أن هذا لا ينافى النكاح، فإن للرجل الإمساك أو المفارقة، وإنما ينافى النكاح التوقيت.

١١٢٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ خَوْلَةَ بِنْتَ حَكِيمٍ

١١٢٢ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٥٠١/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٠٣.

دَخَلَتْ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَتْ: إِنَّ رَبِيعَةَ بْنَ أُمَيَّةَ اسْتَمْتَعَ بِامْرَأَةٍ مُوَلَّدَةٍ فَحَمَلَتْ مِنْهُ، فَخَرَجَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَزِعًا يَجُرُّ رِدَاءَهُ، فَقَالَ: هَذِهِ الْمُتْعَةُ، وَلَوْ كُنْتُ تَقَدَّمْتُ فِيهَا لَرَجَمْتُ.

الشرح: **«فخرج عمر بن الخطاب رضى الله عنه فزعًا يجر رداءه»** يريد أنه عظم هذا الأمر واستشنع أن يقع ما تقدم فيه للنبى ﷺ من المنع والتحريم، فأعجله ذلك على أن يهتبل بأمر ردائه.

فصل: وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: **«هذه المتعة»** يريد والله أعلم، المتعة التى نهى رسول الله ﷺ عنها، **«ولو كنت تقدمت فيها لرجمت»** يريد أعلمت الناس إعلامًا شائعًا بما اعتقد فى ذلك، وأخذ به التحريم حتى لا يخفى ذلك على من فعله، فيكون المتمتع مقتحمًا للتحريم، فأشار بهذا إلى أنه من جهل التحريم، وكان الأمر المحرم مما لا يمكن أن يخفى مثله، ولا يعلم علمه، وقد تقدمت فيه إباحة، فإنه يدرأ فيه الحد، ويحتمل أن يكون قد علم بعض الخلاف من أحد من الصحابة، فأراد بقوله: لو تقدمت فيه بينة ما عندى، فيه من النص الذى لا يحتمل التأويل، فيزول الخلاف **«لرجمت»** لتقدم الإجماع وانعقاده فيه.

فصل: وقوله رضى الله عنه: **«لو كنت تقدمت فيه لرجمت»** روى ابن مزين عن عيسى بن دينار عن يحيى بن يحيى عن نافع أنه يرجم من فعل ذلك اليوم، إن كان محصنًا، ويجلد من لم يحصن. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ عن ابن القاسم: لا رجم فيه، وإن دخل على معرفته منه بمكروه ذلك، ولكن يعاقب عقوبة موجعة لا يبلغ بها الحد. وروى عن مالك أنه قال: يدرأ فيه الحد، ويعاقب إن كان عالمًا بمكروه ذلك.

وجه قول عيسى بن دينار ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال ذلك للناس وخطبهم به، وخطبه تنتشر، وقضاياه تنقل، ولم ينكر ذلك عليه أحد، ولا حفظ له مخالف.

ووجه القول الثانى ما احتج به أصبغ من رواية ابن مزين عنه: أن كل نكاح حرمته السنة ولم يحرمه القرآن، فلا حد على من أتاه عالمًا عامدًا، وإنما فيه النكال، وكل نكاح حرمه القرآن أتاه رجل عالمًا عامدًا، فعليه الحد. قال: وهذا الأصل الذى عليه ابن القاسم.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندى أن ما حرمته السنة ووقع **الإجماع** والإنكار على تحريمه يثبت فيه الحد كما يثبت فيما حرمه القرآن. قال: والذى عندى فى ذلك أنه الخلاف إذا انقطع ووقع الإجماع على أحد أقواله بعد موت قائله، وقبل رجوعه، فإن الناس مختلفون فيه، فذهب القاضى أبو بكر إلى أنه لا ينعقد الإجماع بموت المخالف فعلى هذا حكم الخلاف باق فى حكم قضية المتعة، وبذلك لا يحد فاعله. وقال جماعة: إنه ينعقد الإجماع بموت إحدى الطائفتين، فعلى هذا قد وقع الإجماع على تحريم المتعة؛ لأنه لم يبق قائل به، فعندى هذا يحد فاعله.

وهذا على قولنا إنه لم يصح رجوع عبد الله بن عباس عنه، ومـا يـدل علـى أنـه لـم ينعقد الإجماع على تحريمه، أنه يلحق به الولد، ولو انعقد الإجمـاع بتحريمـه، وأتـاه أحـد عالمًا بالتحريم، لوجب أن لا يلحق به الولد، والله أعلم.

ويحتمل أن يريد بذلك لو كنت أعلمت الناس برأيى فى ذلك مـن تحريمـه، ووجـوب الحد على من أتاه لأقمت الحد فيه الرجم وغيره؛ لأن الأحكام لا تجرى عند الخـلاف إلا على ما رآه الإمام الذى يحكم فى ذلك لاسيما إذا كان عنده فى ذلك من النص أو وجه التأويل ما يمنع قول المخالف، وبالله التوفيق.

* * *

نكاح العبد

١١٢٣ - مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقُولُ: يَنْكِحُ الْعَبْدُ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «**ينكح العبد أربع نسوة**» يريد أن هذا العدد مباح له أن يجمع بينهـن كالحر، ولا خلاف فى جـواز ذلـك للحـر، وهـل يجـوز ذلـك للعبـد أم لا؟ قـال مـالك بجوازه. وروى أشهب عن مالك: أنه قال: إنا لنقـول ذلـك، ومـا أدرى مـا هـذا. وروى محمد عن ابن وهب عن مالك أنه قال: لا يتزوج العبد إلا اثنـين، وبـه قـال الليـث وأبـو حنيفة والشافعى وابن حنبل.

وجه القول الأول قوله تعالى: **﴿فـانكحوا مـا طـاب لكـم مـن النسـاء مثنـى وثـلاث وربـاع﴾** [النساء: ٣]، ولم يفرق بين الحر والعبد.

١١٢٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٠٤.

فإن قيل: فإن معنى قوله: ﴿ما طاب لكم﴾ [النساء: ٣]، ما حل لكم فبينوا أولاً أن المماثلة حلال للعبيد، حتى يثبت بتأويل الآية له.

فالجواب أن الخطاب عام فى مواجهة الأحرار والعبيد، فإذا قال لهم: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ فقد بين أن الذى يطيب ويحل هو مثنى وثلاث ورباع.

وجواب ثان، وهو أن لفظة الطيب أبين فى اللذة وما يشتهيه الإنسان لاسيما إذا أضيف إلى المستطيب، فقيل له: افعل ما طاب لك، فإذا أطلق، ولم يضف إلى المكلف، جاز أن يراد به الإباحة، على وجه المجاز.

ولو جاز حمله على الوجهين مع الإضافة، لكان فيما قلنا أظهر، فيجب حمله عليه، فإن الخطاب متوجه إلى الأحرار دون العبيد؛ لأن نفقات زوجات العبيد على ساداتهم، وهو تعالى يقول: ﴿ذلك أدنى أن لا تعولوا﴾، معناه يكثر عيالكم، ويشق الإنفاق عليكم، كذلك فسره زيد بن أسلم.

فالجواب أن هذا القول اعتبر به زيد بن أسلم ولا يلزم ذلك بل لا يصح؛ لأنه لا يقال: عال يعول، إذا كثر عماله، وإنما يقال من ذلك أعال يعيل إذا كثر عياله، وإنما يقال عال إذا مال، وعالت الفريضة تعول، إذا زاد حسابها، والعول قوت العيال، وهو ما يعالون به، والعيلة الحاجة، يقال منه: عال يعيل، إذا افتقر.

والذى قال به جماعة أهل التفسير أن معنى قوله: ﴿أن لا تعدلوا﴾ أن لا تميلوا. كذلك روى عن ابن عباس وعكرمة ومجاهد والحسن والنخعى والشعبى وقتادة والليث بن سعد وغيرهم، وأنشدوا بيت أبى طالب:

بميزان قسط لا يخس شعيرة ... ووزان صدق وزنه غير عائل

يعنى غير مائل. ومعنى ذلك أنه إذا قل زوجاته اللاتى يخاف أن لا يعدل بينهن كان أبعد له من الميل والجور فيما بينهن يبين ذلك قوله تعالى: ﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣].

ويدل على صحة هذا التأويل أنه عز وجل قال: ﴿فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾، فذكر ما لا يحرم فيه الميل من السرارى، ولا يلزم بينهن العدل، ولو أراد النهى عن كثرة العيال والإنفاق لما قال ذلك لأن كثرة العيال تحصل بالإماء كما تحصل بالأحرار، والإنفاق يلزم عليهن كما يلزم للزوجات.

وجواب ثان، وهو أنا لا نسلم أن العبد لا تلزمه النفقة على زوجاته، بل ذلك له لازم فيما يتصدق به عليه أو يوصى له به، وأما سيده، فلا يلزمه شيء من نفقتهن.

ومن جهة المعنى أن ما طريقه الشهوة والملاذ يتساوى فيه حكم الحر والعبد كالأكل والشرب.

ووجه القول الثانى قوله تعالى: **﴿هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء﴾** [الروم: ٢٨]، ومعنى ذلك إنكار مساواة العبيد الأحرار فيما رزقوه، ويلغى هذا الحكم، لو جاز لعبد أن يتزوج أربعًا لكان قد ساوى الحر فيما رزقه.

والاستدلال بالآية ليس بالبين إلا أن البارى تعالى نفى أن يكون له شريك فيما خلقه وتملكه كما ليس لعبيدنا شركة فيما رزقناه، وزوجة العبد ليس مما رزقناه فيشاركنا فيها.

وأما الأحكام، فإن العبيد يشاركون الأحرار فى أحكام كثيرة من جواز الوطء بالنكاح وملك اليمين، وتحريم الظلم لهم وإباحات المباحات من الملاذ والأطعمة والأشربة وغير ذلك. وأما النكاح، فقد أبيح للعبد منه ما لم يبح للحر وهو نكاح الإماء من غير عدم طول ولا خوف عنت.

وجواب ثان، وهو أننا لو سلمنا أن المراد بذلك نفى مساواة العبد للحر فى النكاح، فحملناه على أن العبد لا ينكح إلا بإذن سيده والحر ينكح بغير إذن، فثبت عدم المساواة، وليس فى الآية دليل على نفى المساواة فى عدد الزوجات، ولا لفظ عام يتعلق به، ولذلك تساوى الأمة الحرة فى عدد الأزواج.

وقد تعلق فى هذا القول من احتج بإجماع الصحابة، فإنه مروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ولا مخالف لهم، وهذا لم يشتهر من قولهم اشتهارًا يصح به دعوى الإجماع مع أنه لا يخلو من الخلاف.

ووجه هذا القول من جهة المعنى أنه معنى ذو عدد بنى على التفضيل، فوجب أن لا يساوى فيه العبد الحر كالطلاق والعدد والحدود، ووصفه بانى بنى على التفضيل غير مسلم.

فرع: إذا قلنا يتزوج أربعًا، فإنه يجوز أن يكون جميعهن حرائر وجميعهن إماء، وبعضهن حرائر وسائرهن إماء، رواه محمد عن أشهب عن مالك.

ووجه ذلك أنه ذكر يجوز له نكاح أربع، فجاز أن ينكح أربع حرائر كالحر.

قَالَ مَالِك: وَالْعَبْدُ مُخَالِفٌ لِلْمُحَلِّلِ إِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ، ثَبَتَ نِكَاحُهُ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ سَيِّدُهُ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَالْمُحَلِّلُ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ إِذَا أُرِيدَ بِالنِّكَاحِ التَّحْلِيلُ(*).

الشرح: قوله: «والعبد مخالف للمحلل» يريد أن نكاح العبد يثبت إذا أذن فيه السيد، ونكاح المحلل لا يثبت بوجه، ولابد من فسخه إذا أريد به التحليل، وذلك أن يقصد به تحليل المطلقة ثلاثًا لمن طلقها. وأما من تزوج لغير تحليل ثم طلق أو أقام، فليس بمحلل.

والفرق بين نكاح العبد أنه يجوز بإجازة السيد، وبين نكاح المحلل، فإنه لا يجوز بإجازة مجيز أن نكاح العبد إنما يرد لحق السيد، فإن أجازه السيد جاز، ونكاح المحلل إنما يرد لحق الله تعالى، فليس لأحد إجازته.

وفى نكاح العبد ثلاث أبواب، الأول: فى ملك السيد نكاح العبد. والثانى: فيما يجوز من عقده على نفسه، وتجويز السيد له وفسخه. والثالث: فى حكم المهر والنفقة فى نكاحه.

* * *

الباب الأول فى ملك السيد نكاح العبد

السيد يملك نكاح العبد وله أن يجبره عليه، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعى فى حد قوليه: لا يجبره على النكاح.

والدليل على صحة ما قلناه قوله تعالى: ﴿**وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم**﴾ [النور: ٣٢]، فلنا من هذه الآية دليلان، أحدهما: أنه أمرهم بذلك، ولو لم يملكوا الإنكاح لما أمرهم به، والثانى: أنه قرن ذكرهم بذكر الإماء، وقد أجمعناه على أن السيد إجبار أمته على النكاح، فيجب أن يكون العبد بمنزلتها، وهذا مذهب القاضى أبى محمد فى استدلاله بالقرائن.

ومن جهة المعنى أن من يملك رقه يملك إجباره على النكاح كالأمة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه إنما يجوز له ذلك إذا انفرد بملك جميعه، ولم يرد بإنكاحه ذلك الإضرار به، فإن كان له فيه شريك أو كان بعضه حرًا لم يملك إجباره على النكاح، لأنه لا يملك انتزاع ماله، فلا يملك إنكاحه كالحر.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣١١/١٦.

مسألة: إذا تزوج العبد بإذن سيده أو زوجه سيده جبرًا ملك ارتجاع زوجته.

ووجه ذلك أنه لما أباح له البضع بالنكاح، أو أذن له فيه، فقد ملك جميع أحكامه، فليس له منعه من ذلك بعد العقد كما ليس له منعه من الوطء، والرجعة من أحكام النكاح، فملكها العبد بذلك.

مسألة: لا يجبر السيد على إنكاح عبده، ولا إنكاح أمته، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي في أحد قوليه: يجبر على نكاح عبده.

والدليل على ما نقوله أنه محض ملك رقه، فإذا دعاه إلى إنكاحه، لم يلزمه ذلك كالأمة.

مسألة: ولا يجبر السيد على إنكاح مكاتبه، رواه ابن المواز عن مالك، وكذلك المدبر والمعتق إلى أجل، والمعتق بعضه لأن من كان محبوسًا بالرق، ولم يكن له أن يتزوج إلا بإذن سيده المالك لرقه كالعبد القن.

* * *

الباب الثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه

أما في حكم عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه، فإنه لا يخلو إذا تزوج العبد أن يتزوج بإذن سيده أو بغير إذن سيده، فإن تزوج بإذنه، فنكاحه صحيح، وإن باشر العبد العق؛ لأنه من جنس من يصح عقده النكاح، وإنما اعتبر في ذلك إذن السيد لتعلق حقه بمنافعه وماله، وإن تزوج بغير إذن سيده، فإن للسيد فسخه، وهل له أن يجيزه، المشهور من المذهب أن له إجازته. وحكى القاضي أبو الفرج أن القياس يقتضي أنه لا يجوز إجازة السيد، قال: وهو الصحيح عندي.

وجه القول الأول أنه عقد باشره من يصح عقده، وإنما فيه الخيار للسيد لتعلق حقه بمنافعه وماله، والخيار إذا ثبت بالشرع دون الشرط، لم يمنع صحة النكاح كخيار الرد بالعنة والجذام والبرص والجنون.

ووجه القول الثاني ما احتج به من أنه لو جاز ذلك لجاز إنكاح الرجل ابنة الأجنبي البكر، إن أجاز ذلك أبوها، والقول الأول أصح لأن نكاح العبد إنما هو موقوف على الفسخ كالرد بالعيب وإنكاح الرجل ابنة الأجنبي موقوف على الإجازة، فلا يجوز كاشتراط الخيار.

فرع: فإذا قلنا إن السيد الفسخ أو الإجازة، فإن أراد الفسخ، فإنه يكون طلاقًا وكم طلقة يملك السيد من ذلك؟ روى محمد بن المواز عن مالك: أن السيد يخير بين أن يطلقها عليه واحدة أو البتة. وفي المدونة عن مالك، قولان، أحدهما: هذا. والثانى: ليس له أن يطلقها إلا طلقة واحدة، وتكون تلك الطلقة بائنة.

وجه القول الأول ما احتج به من أن من كان بيده إيقاع الطلاق بالشرع، فإنه يملك إيقاع الواحدة والبتة كالزوج.

ووجه القول الثانى أنه إنما ثبت ذلك للسيد لما أدخل عليه النكاح فى عبده من العيب، والطلقة الواحدة البائنة تفرغ له عبده، وتزيل عنه عيبه، فلا حاجة له إلى أكثر من ذلك، فلم يكن له إيقاعه.

مسألة: فإن علم السيد بنكاح عبده، فقال: لا أجيز، ثم أراد بعد ذلك الإجازة، فقد روى محمد عن مالك أنه قال: إن كان ذلك قريبًا من مجلسه، وكان كلامًا كالمراجعة، والجواب فلا بأس بذلك. وأما قال: لا أجيز، ثم قال بعد أيام: أجزت، فلا أراه جائزًا.

ومعنى ذلك أنه إن كان أراد بقوله: لا أجيز التفريق، وهذا لا تكون له الإجازة بعد الفسخ، وإن أراد به التوقف فى الأمر والتأمل، وبين ذلك بأن قال: سأشاور نفسى، وما أشبهه، فإن لهذا أن يجيز أو يفسخ، وإن قام من مجلسه. وأما إن قال: لا أجيز، ولم يبين المراد به، فهذا له أن يجيز ما دام فى مقامه، ويصدق السيد ما دام فى مجلسه فيما زعم أنه أراد بقوله: لا أجيز.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم أنه قال: يصدق فى ذلك ما لم يقم، فإن قام من مجلسه لم تكن له الإجازة، وهذا كله معنى قول محمد.

ووجه ذلك أن قيامه من مجلسه مع ما تقدم من قوله، ولم يبين مراده نسبة ظاهرة فى أن مراده التفريق.

مسألة: وإن أراد السيد الفسخ بعد القيام من المجلس، وقد بين فى المجلس أنه يريد استدامة الخيار، فإن له ذلك إلا أن يستمتع العبد بزوجه بعد علم السيد بنكاحه، على وجه كان يقدر سيده على منعه من ذلك، فلا يكون له الفسخ بعد ذلك؛ لأنه قد استمتع بها بإذن سيده، أو ما يقوم مقامه من التمكين، وذلك أبين ما يكون من الإجازة، ومثل ذلك أن يعلم السيد بنكاح عبده بغير إذنه ثم رآه يدخل عليها، فلم يمنعه، فإن النكاح جائز والصداق على العبد، ونحوه روى عيسى عن ابن القاسم.

* * *

الباب الثالث فى حكم المهر والنفقة فى نكاح العبد

العبد لا يخلو أن ينكح بإذن سيده أو بغير إذنه، فإن نكح بإذنه، فالمهر فى ذمة العبد ليس على السيد منه شىء إلا أن يلتزم ذلك، ومعنى ذمة العبد ما يطرأ له بعد النكاح من مال بصدقة أو هبة أو نحوه ذلك، فبه يتعلق المهر والنفقة على الزوجة دون مكاسبه التى هى عوض حركاته بصنعة أو خدمة. وقال الشافعى: المهر والنفقة فى مكسبه الذى هو عوض من حركاته.

والدليل على ما نقوله أن إذن السيد لعبده فى النكاح لما كان لا يخرج من ملكه شيئًا من رقبته، فكذلك لا يخرج عنه حقًا من منافعه.

مسألة: إن كان نكح بإذن سيده، فأنكر السيد قدر المهر، فإن كان مهر مثله لزمه ذلك، وإن كان أكثر من مهر مثله، لم يجز ذلك على السيد إلا أن يشاء.

فإن علم بذلك السيد واعترض فيه قبل البناء، فالزوجة مخيرة بين أن ترضى من ذلك بمهر المثل، وبين أن تمتنع فيفسخ النكاح، فإن علم بذلك بعد البناء، فاعترض فيه بعد لزوم النكاح وفواته كان له أن يسترد ما زاد على مهر المثل.

ووجه ذلك أن إطلاق الإذن إنما يقتضى المعتاد، فلا يلزمه ما زاد على ذلك.

مسألة: وإن كان نكح بغير سيده، فأجاز السيد، فلها جميع المهر؛ لأن إجازته للنكاح إجازة للمهر، قاله ابن حبيب ومحمد، وإن فسخ النكاح قبل البناء، فلا شىء لها من المهر، وإن فسخه بعد البناء استرده السيد إلا قدر ما يستحل به، وهو ربع دينار؛ لأن المال مال السيد.

ووجه ذلك أن مال العبد قد تعلق به حق السيد، ولذلك يجوز له انتزاعه منه، فليس للعبد التصرف فيه إلا بإذنه. وأما ما ارتجع من المهر، فقد قال ابن حبيب: إنه فى ذمة العبد، والله أعلم.

مسألة: وأما نفقة الزوجة، فلا يكون على السيد شىء منها سواء نكح بإذنه أو بغير إذنه، فإن كانت حرة، فالنفقة على العبد على كل حال.

وقد روى ابن المواز عن مالك: أحب إلىّ إذا نكح العبد أن تشترط عليه النفقة بإذن السيد.

ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق السيد بمال العبد، فإن كانت أمة، فقد اختلف قول أصحابنا فيها وقد فسرته فى باب جامع الطلاق.

فرع: والسيد أولى بخراجه، وبما فى يده، فإن وجد العبد ما ينفق عليها من صدقة أو هبة أو وصية وإلا تلوم له، فإن وجد نفقة وإلا فرق بينهما كالحرة، قاله ابن حبيب.

قَالَ مَالِك فِى الْعَبْدِ إِذَا مَلَكَتْهُ امْرَأَتُهُ أَوِ الزَّوْجُ يَمْلِكُ امْرَأَتَهُ إِنَّ مِلْكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ، يَكُونُ فَسْخًا بِغَيْرِ طَلاقٍ، وَإِنْ تَرَاجَعَا بِنِكَاحٍ بَعْدُ لَمْ تَكُنْ تِلْكَ الْفُرْقَةُ طَلاقًا.

الشرح: كما قال أن ملك أحد الزوجين الآخر فسخ لنكاحه؛ لأن ملك اليمين ينافى النكاح، ولذلك لا يجوز للرجل أن يتزوج أمته، ولا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدها، ولما كان ملك اليمين أقوى لأنه يملك الرقبة والمنافع كلها أبطل حكم النكاح، تقدم النكاح أو تأخر، فإن ملك اليمين لم يصح النكاح، ولو تزوج أمته لم تكن زوجة له، وبقيت على حالها أمة له.

مسألة: ومن له عبد له أمة، فزوجها منه صح النكاح؛ لأن تزويجها منه انتزاع للأمة، ولا يجوز للرجل أن يتزوج أمة لا يجوز له وطؤها مثل أن يكون له فيها بقية رق كأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل والمعتق بعضها، ولا يتزوج أمة له فيها شبهة ملك كأمة عبده وأمة ابنه.

واحتج ابن القاسم فى أمة الابن بأنها مال له، لا حد عليه فى وطئها، ولا نعلم فى هذا خلافًا بين أصحابنا إلا ما رواه ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم أنه كان يجيز إنكاح الأب أمة الابن على ما يكره.

فصل: وقوله: **«إن ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخًا»** يقتضى أن النكاح إذا انعقد على صحة، ثم طرأ عليه ملك أحدهما لصاحبه، فسخ النكاح وبطل، وهكذا يجب أن يكون حكم كل نكاح تقدم على الصحة، وطرأ عليه ما يوجب تحريمه، ويمنع استدامته، فلو أن رجلاً زوج ابنه أمته، ثم توفى فورثها أو ورث جزءًا منها، لا يفسخ نكاحها، وكذلك لو زوج ابنته عبده، ثم توفى فورثت جزءًا منه، لا يفسخ نكاحها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده، فإن كان قبل البناء فقد وقع فى كتاب الشيخ أبى القاسم فيمن اشترى زوجته قبل البناء: لها نصف الصداق، والمشهور من قول مالك: لا شىء لها.

وجه قول مالك أن الفرقة جاءت من قبل الزوج كالطلاق. ووجه القول الثانى أنه معنى يوجب الفسخ قبل البناء، فلم يجب به شىء من الصداق كالرضاع.

فصل: وقوله: «**يكون فسخا بغير طلاق، وإن تراجعا بنكـاح بعـد، لـم تكـن الفرقـة طلاقًا**» يريد أنهما لا يتراجعـان إلا بنكـاح جديـد، ولا رجعـة لـه عليهـا بحكـم النكـاح الأول؛ لأنه قد انفسـخ وبطـل حكمـه وخرجـا عنـه بغير طـلاق، ولذلـك إذا تزوجهـا بنكاح جديد، لم تعتد عليه فرقة الفسخ طلقة، بـل يبقـى لـه عليهـا ثـلاث تطليقـات إن كان حرًا، أو طلقتان إن كان عبدًا.

قَالَ مَالِك: وَالْعَبْدُ إِذَا أَعْتَقَتْهُ امْرَأَتُهُ إِذَا مَلَكَتْهُ، وَهِيَ فِي عِدَّةٍ مِنْهُ لَـمْ يَتَرَاجَعَـا إِلا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ.

الشرح: وهذا كما قال أن العبد إذا ملكته امرأته بعد أن طلقها، وهي فـي عـدة منـه وأعتقته، وصار ممن يجوز له أن يتزوجها لخروجـه عـن ملكهـا، فإنهمـا لا يتراجعـان إلا بنكاح جديد؛ لأنه، وإن كان طلاقه إياها رجعيًا، فإن ملكها إياه، قد قطع مـا كـان لـه عليها من الرجعة، وقد ارتفع ذلك الملك. ووجـه ذلـك أن مـا أزال الملـك منـع الرجعـة كالردة.

* * *

نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله

١١٢٤ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ نِسَاءً كُنَّ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُسْلِمْنَ بِأَرْضِهِنَّ، وَهُنَّ غَيْرُ مُهَاجِرَاتٍ، وَأَزْوَاجُهُنَّ حِينَ أَسْلَمْنَ كُفَّـارٌ، مِنْهُـنَّ بِنْـتُ الْوَلِيدِ بْنِ الْمُغِيرَةِ، وَكَانَتْ تَحْتَ صَفْوَانَ بْـنِ أُمَيَّـةَ، فَأَسْـلَمَتْ يَـوْمَ الْفَتْـحِ، وَهَـرَبَ زَوْجُهَا صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ مِنَ الإِسْلامِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ابْنَ عَمِّـهِ وَهْـبَ بْـنَ عُمَيْرٍ بِرِدَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَمَانًـا لِصَفْـوَانَ بْنِ أُمَيَّـةَ، وَدَعَـاهُ رَسُـولُ اللَّـهِ ﷺ إِلَـى الإِسْلامِ وَأَنْ يَقْدَمَ عَلَيْهِ، فَإِنْ رَضِيَ أَمْرًا قَبِلَهُ، وَإِلا سَيَّرَهُ شَهْرَيْنِ، فَلَمَّا قَـدِمَ صَفْـوَانُ

١١٢٤ – أخرج بعضه مسلم ١٨٠٦/٤ كتاب الفضائل باب ١٤ رقم ٥٩ عن ابن شهاب. وأخرجه بلفظه عبد الرزاق في المصنف رقم ١٢٦٤٦ ، ١٦٩/٧ عن الزهري والبيهقي في الدلائل ٩٧/٥ عن الزهري وذكره في الكنز برقم ٤٥٨٥٠ وعزاه السيوطي إلى عبد الرزاق عن الزهري.
قال ابن عبد البر في التمهيد ٢١٧/٧: هـذا الحديـث لا أعلمـه يتصـل مـن وجـه صحيـح، وهـو حديث مشهور، معلوم عند أهل السير؛ وابن شهاب إمام أهل السير وعالمهم، وكذلك الشـعبي، وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده إن شاء الله.

عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِرِدَائِهِ نَادَاهُ عَلَى رُءُوسِ النَّاسِ، فَقَالَ: يَا مُحَمَّدُ إِنَّ هَـذَا وَهْبَ ابْنَ عُمَيْرٍ جَاءَنِي بِرِدَائِكَ، وَزَعَمَ أَنَّكَ دَعَوْتَنِي إِلَى الْقُدُومِ عَلَيْكَ، فَإِنْ رَضِيتُ أَمْرًا قَبِلْتُهُ، وَإِلا سَيَّرْتَنِي شَهْرَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «انْزِلْ أَبَا وَهْبٍ» فَقَالَ: لا وَاللَّهِ لا أَنْزِلُ حَتَّى تُبَيِّنَ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «بَلْ لَكَ تَسِيرُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ» فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قِبَلَ هَوَازِنَ بِحُنَيْنٍ، فَأَرْسَلَ إِلَى صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ يَسْتَعِيرُهُ أَدَاةً وَسِلاحًا عِنْدَهُ، فَقَالَ صَفْوَانُ: أَطَوْعًا أَمْ كَرْهًا؟ فَقَالَ: «بَلْ طَوْعًا» فَأَعَارَهُ الأَدَاةَ وَالسِّلاحَ الَّذِي عِنْدَهُ ثُمَّ خَرَجَ صَفْوَانُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ كَافِرٌ فَشَهِدَ حُنَيْنًا وَالطَّائِفَ، وَهُوَ كَافِرٌ، وَامْرَأَتُهُ مُسْلِمَةٌ، وَلَمْ يُفَرِّقْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ حَتَّى أَسْلَمَ صَفْوَانُ وَاسْتَقَرَّتْ عِنْدَهُ امْرَأَتُهُ بِذَلِكَ النِّكَاحِ.

١١٢٥ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ بَيْنَ إِسْلامِ صَفْوَانَ وَبَيْنَ إِسْلامِ امْرَأَتِهِ نَحْوٌ مِنْ شَهْرَيْنِ.

الشرح: قوله: **«إن نساء كن في عهد رسول الله ﷺ يسلمن بأرضهن، وهن غير مهاجرات، وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة، وهي عاتكة بنت الوليد بن المغيرة»**، إلى قوله: **«أسلمت عام الفتح»** يحتمل من جهة اللفظ أن تكون أسلمت في وقت تمكن الهجرة فيه، وذلك قبل الفتح؛ لأنه قال: **«أسلمن بأرضهن ولم يهاجرن، وأزواجهن كفار»** ولو كان وقت لا يمكن فيه الهجرة لما احتاج إلى نفي الهجرة عنهن؛ لأن تلك حال سائر النساء لا يمكن سواها، ثم قال: **«منهن بنت الوليد ابن المغيرة»** ثم أسلمت عام الفتح، ومن أسلم عام الفتح قبل الفتح، فإنما أسلمت في وقت يمكن فيه الهجرة.

وأما من أسلمت بعد الفتح فقد فاتتها الهجرة، لأنه لا هجرة بعد الفتح، وعاتكة إذا أسلمت يوم الفتح، وفي ذلك اليوم فر زوجها صفوان بن أمية، لكنه إنما أضافها إلى من لم تهاجر ووصفها بعدم الهجرة؛ لأن القرآن إنما أنزل بحكم من هاجر، وسيأتي بعد هذا حكم من هاجر من المؤمنات في موضعه إن شاء الله.

فصل: وقوله: **«وهرب زوجها من الإسلام»** يريد أنه فر لئلا يدخل فيه، ولم يفر من

١١٢٥ – أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٣٩٨٣/١٠. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٠٦.

القتل، لأنه لو أسلم أمن من القتل، وقد عرف ذلك صفوان وغيره، لكن فراره كان من الإسلام الذى أباه، وعليه قوتل، حتى أظهر الله تعالى الدين، فلذلك قوله تعالى: ﴿**وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فإن انتهوا فإن الله بما يعملون بصير وإن تولوا فاعلموا أن الله مولاكم نعم المولى ونعم النصير**﴾ [البقرة: ١٩٣].

فصل: وقوله: «**فبعث إليه رسول الله ﷺ ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله ﷺ أمانًا لصفوان بن أمية ودعاه إلى الإسلام وإلى أن يقدم عليه فإن رضى أمرًا قبله وإلا سيره شهرين**» يريد أنه أرسل ابن عمه لسكون صفوان بن أمية إلى قوله وثقته به وقرابته منه ومعرفته بإشفاقه، وقرن به رداءه ليتحقق بذلك صفوان بن أمية ما ورد عليه به وهب بن عمير من تأمين النبى ﷺ له ودعائه إياه إلى ما ذكره له على حسب عادة العرب فى ذلك من أن من أمن منهم أحدًا أعطاه سوطه أو رداءه أو حبلاً أو شيئًا يكون كالشاهد على التأمين، ويشهر به تأمينه له.

وقوله: «**ودعاه إلى الإسلام**» بمعنى أن يعرض عليه الإسلام، ويبين له شرائعه وأحكامه وهديه، فإن رضيه التزمه ودخل فيه، وقبله منه، وإن كره ذلك سيره شهرين، يعنى أنه يؤمنه فيهما لا يعرض له أحد، حكاه ابن مزين عن عيسى بن دينار.

وقال القاضى أبو الوليد: وعندى أن ذلك إنما كان ليتمكن فيهما من الخروج إلى حيث يأمن من بلاد الشرك وسائر الأمم. قال أبو المطرف القنازعى، رحمه الله: وهذا أصل فى عقد الصلح بين المشركين والمسلمين مدة معلومة على حسب ما يرونه مصلحة لهم.

وما قاله ليس بالبين، وإنما هو تأمين لرجل من المشركين ليرى الإسلام وحاله، فإن رضيه دخل فيه، وإلا كان آمنًا مدة يمكنه أن يبلغ مأمنه، إلا أن يريد أن يسمى التأمين صلحًا مجازًا أو اتساعًا أو لأن المؤمن أيضًا يأمنه من أمنه، لكن لهذا المعنى اسم يختص به، وهو التأمين والصلح أيضًا اسم لمعنى آخر يختص به، وتختلف أحكامهما؛ لأن المصالح يملك نفسه، ويجرى عليه حكمه، والمؤمن لا يملك نفسه، ولا يجرى عليه حكمه، وإنما يجرى عليه حكم من أمنه على حسب ما يأتى فى موضعه إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «**فلما قدم صفوان بن أمية على رسول الله ﷺ**» يريد أنه ناداه على رءوس الناس، فقال: «**يا محمد، هذا وهب بن عمير جاءنى بردائك يزعم أنك دعوتنى**

إلى القدوم عليك» يريد أن صفوان بن أمية حين قدومه نادى رسول الله ﷺ على رءوس الناس، يريد إشهار تأمينه والإعلان به، ويحتمل أن يكون مع كفره قد خاف أمرًا من النبى ﷺ إن لم يشهر تأمينه مع ما علم من وفاء النبى ﷺ وأنه لم يغدر قط بذمة عرف ذلك من حاله المؤمن والكافر.

وكذلك قال أبو سفيان بن حرب لهرقل حين سأله عن النبى ﷺ: أيغدر، قال: لا، ونحن منه فى مدة، لا ندرى ما هو فاعل فى ذلك، ويحتمل أن يكون صفوان بن أمية قال ذلك وأعلن به ليعلم ذلك أصحابه، فربما خفى ذلك عن بعض أصحابه فاغتاله، وبدر بقتله، ويحتمل أن يكون صفوان أراد تحقيق ما جاء به ابن عمه لتجويزه الوهم عليه.

وقوله: **«على رءوس الناس»** تستعمل هذه اللفظة لمن قام بقول يقوله، ويعلن به والناس جلوس منصتون، بمعنى أنه على رءوسهم، وأنه يسمع جميعهم، ولم يخبر بذلك إخبار الجالس لدى من أقبل عليه وحادثه، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: **«اجلس أبا وهب»** فكناه، وهى كنية صفوان بن أمية. قال عيسى ابن دينار، من رواية ابن مزين عنه: لا بأس أن يكنى اليهودى والنصرانى كما فعل رسول الله ﷺ بصفوان بن أمية، وكان مشركًا.

قال ابن مزين: وقال غيره: لا يكنى اليهودى ولا النصرانى الذمى لأن الله عز وجل ألزمهم الذلة والصغار، وفى تكنيته إكرامه وتعظيمه، وإنما كان رسول الله ﷺ يدعو العرب خاصة بكناها مع الإشراك استئلافًا لها بذلك، ولمن كان وراءها من عشائرها، كما جاء عنه صلوات الله عليه أنه منَّ على غير واحد من أسرى العرب المشركين أطلقهم امتنانًا واستئلافًا بغير فداء، فكان الغير إنما قصر ذلك على مشركى العرب دون غيرهم.

وهذا الذى قاله يحتاج إلى تأمل وتقسيم، وذلك أن الكنى قد يدعى بها على غير سبيل الإكرام، وإما لشهرتها وأنها تغلب على الاسم، ويشتهر بها صاحبها دون الاسم، فهذا لا اختلاف فى جوازه، وقد قال الله تعالى: **﴿تبت يدا أبى لهب وتب﴾** [المسد: ١]، فكناه لاشتهاره بكنيته، فلم يرد إكرامه بهذا، ولا استئلافه، ففى السورة من ذمه والإخبار بأنه سيصلى النار ما يمنع ذلك.

وقد غلبت الكنى على قوم من أصحاب النبى ﷺ كأبى بكر وأبى عبيدة وأبى هريرة

وغيرهم، وغلبت الأسماء على جماعة منهم كعمر وعثمان وعلى بالانتساب إلى أسمائهم.

ولذلك قال النبى ﷺ يوم حنين: «أنا ابن عبد المطلب»[١]، ولم يقل أنا ابن أبى الحارث، ولا خلاف أنه لم يرد أن يضع من جده ولا قصد إلى تصغير حاله، ولذلك قال لحسان لما استأذنه فى هجاء قريش: «كيف بنسبى فيهم، فقال: لأسلنك منهم كما تسل الشعرة»[٢]، فقد يدعى بالكنى على معنى الشهرة وغلبتها، وقد يكون من الناس من لا اسم له، واسمه كنيته كأبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وأبى بكر ابن عياش وغيرهم. وأما الكنية على سبيل الإكرام، فهل يجوز أن يدعى بها من ليس بمسلم أو لا؟ هى التى يصح فيها الخلاف المتقدم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فقال: لا والله حتى تبين لى، فقال رسول الله ﷺ: بل لك تسيير أربعة أشهر**» يحتمل أن يريد به حتى تبين ما أنفذت به إلىّ هل هو على ما بلغنى، فأنزل، أو على غيره، فانظر فيه، فيكون التبيين حينئذ ليعلم وجه التأمين، كيف هو، ويحتمل أن يريد حتى تبين لى بأن يسمع هؤلاء تأمينك فآمن المستقبل إذا اشتهر الأمان، أو تعلم بذلك من أصحابك، فلا يكون منهم من أخاف إذايته فأجابه ﷺ بالزيادة فى التأمين على ما بلغه ورضيه، فقال: «**بل لك تسيير أربعة أشهر**» وعلى هذا استقر أمر التسيير، قال الله تعالى: ﴿**فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر وٱعلموا أنكم غير معجزى الله**﴾ [التوبة: ٢]، وإنما بالغ فى ذلك ﷺ استئلافًا له واستمالة إلى الإسلام، وليعلم أنه ليس الغرض فى قتله، ولا التشفى منه لعدواته، وإنما الغرض أن يدعى إلى الإسلام، فيدخل فيه، فيكفر عنه ما تقدم من سيئ عمله.

وقد قالت عائشة رضى الله عنه: وما انتقم رسول الله ﷺ لنفسه قط إلا أن تنتهك حرمة من حرمات الله فينتقم لله بها، وإنما كان النبى ﷺ يفعل ذلك لما افترض عليه من الجهاد وما أوجب عليه ربه من قتال من لا يدخل فى الإسلام ولا يقر به، فمن أقر به ودخل فيه أطرح عدواته، وأظهر مودته، ولم يبلغ بأحد أكثر مما بلغ بوحشى قاتل حمزة، قال له: «هل تستطيع أن تغيب عنى وجهك»[٣].

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٨٦٤. مسلم حديث رقم ١٧٧٦. الترمذى حديث رقم ١٦٨٨. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٠٠٧، ١٨٠٦٩، ١٨٢٣١.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٥٣١، ٤١٤٥، ٦١٥٠. مسلم حديث رقم ٢٤٨٩، ٢٤٩٠.

(٣) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٠٧٢. أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٦٤٧.

فصل: وقوله: «**فخرج رسول الله ﷺ قبل هوازن بجيش فأرسل إلى صفوان بن أمية أن يستعيره أداة وسلاحًا عنده، فقال صفوان: أطوعًا أم كرهًا، فقال: بل طوعًا**» يريد أن رسول الله ﷺ لما خرج إلى حنين قبل هوزان، استعار من صفوان أداة وسلاحًا كانت عنده، والعارية مباحة من الكافر وغيره.

وقد قال ابن القاسم عن مالك: لا يجوز أن يلبس المسلم ثوبًا لبسه كافر حتى يغسله. وقال ابن الماجشون: إلا أن يكون من الثياب التى يفسدها الغسل، فليلبسها ويصلى فيها دون أن يغسلها.

فعلى رواية ابن القاسم يحتمل أن يكون من لبسها من الصحابة لم يستدم لبسها حين الصلاة. وعلى قول ابن الماجشون: يجوز أن يصلى فيها لأن الدروع مما يفسدها الغسل. وأما أحكام العارية إذا تلفت عند المعار، فنحن نذكرها فى مواضعها إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «**ثم رجع مع رسول الله ﷺ** » ولم يذكر أن رسول الله ﷺ دعاه إلى الخروج، ويحتمل أن يكون إنما خرج باختياره، ولم يدعه النبى ﷺ إلى ذلك، لما روى عنه ﷺ أنه لا يستعين بمشرك، ولم يمنعه من الخروج لما رجا أن يرى فى طريقه وسفره مع النبى ﷺ ما يقوى فى نفسه أمر الإسلام، فيكون سببًا لإسلامه، وهل المنع لم يتناول خروجه معه، وإنما يتناول استعانته به والله أعلم، فشهد حنينا والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة. «**ولم يفرق رسول الله ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان بن أمية**» يريد لم يفسخ نكاحه. وأما التفرقة بأن لا يجامعها، فهى متيقنة، وأن لم يذكرها الراوى فى حديثه.

وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على أقوال، فعند مالك أن الزوجة لا تبين من زوجها الكافر بنفس إسلامها، وبه قال عطاء وابن شهاب وعمرو بن ميمون وجماعة. وروى مثله عن عمر بن عبد العزيز. وروى عن ابن عباس أنه قال: إذا أسلمت قبله بساعة حرمت عليه.

وحديث ابن شهاب هذا وإن كان مرسلاً ومراسيل ابن شهاب لا يحتج بها غير أن هاتين القصتين قصة صفوان بن أمية وقصة عكرمة، قد شهرتا وتواتر خبرهما، فكان ذلك يقوم لهما مقام الإسناد المتصل.

وقد روى وكيع عن أسماء وعن سماك عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة أسلمت

على عهد النبى ﷺ فجاء زوجها بعدها، فقال: يا رسول الله، إنها كانت أسلمت معى فردها عليه. وقال أبو عيسى: هذا حديث ليس به بأس.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يستديم ملك عصمته مع بقائه على كفره. وقد روى عن عمر وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما أنها تخير، فإن شاءت فارقته، وإن شاءت قرت عنده.

والدليل على أنه لا يستديم ملك عصمتها مع بقائه على كفره قوله تعالى: **﴿فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾** [الممتحنة: ١٠]، وهذا نص فى تحريم المهاجرات، فهو حجة، فإن سلم قسنا عليه غير المهاجرات فقلنا إن هذه حرة مسلمة، فلا يجوز إقرارها تحت الكافر، أو فلا يجوز أن يستديم الكافر ملك عصمتها كالمهاجرة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون إسلامها قبل البناء أو بعده، فإن كان إسلامها قبل البناء، فلا يخلو أن يسلما جميعًا أو يسلم أحدهما قبل الآخر، فإن أسلما جميعًا فى وقت مثل أن يأتيا جميعًا مسلمين، ففى النوادر أنهما على نكاحهما، فإن أسلم أحدهما قبل الآخر، فلا يخلو أن يتقدم الزوج أو الزوجة، فإن تقدم الزوج فسيأتى ذكره بعد هذا.

وإن تقدمت الزوجة، فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم فى العتبية فى النصرانى تسلم زوجته قبل البناء: فإن لم يسلم هو مكانه، فلا رجعة له، ولا عدة عليها، ويتخرج على قول ابن المواز فى إسلام الزوجة قبل البناء، تقع الفرقة بنفس إسلامها قبل البناء.

وجه قول ابن القاسم أن إسلام الزوجة إذا لم يتبعه إسلام الزوج، وقعت به الفرقة، وإذا تبعه إسلام الزوج لم تقع به فرقة، دون اعتبار إسلام الزوج لما بقيا على نكاحهما، وإن أسلم الزوجد فى عدة المدخول بها، ولا يقع من حالهما إلا بعد مدة يمكن فيها معرفته ما يكون من الزوج فى ذلك، فإذا وقع إسلام الزوجة كان مراعى على ما يأتى تفسيره بعد هذا إن شاء الله.

وجه قول أصبغ وأشهب على تفسير ابن الموازية أنه معنى يوجب فرقة فى النكاح، فإذا وجد قبل البناء قطع العصمة والطلاق.

مسألة: وأما إن أسلمت بعد البناء، فإنه إن أسلم بعدها ما دامت فى عدتها، فهى

باقية على عصمته، مجوسيًا كان أو كتابيًا، قال الشيخ أبو القاسم: ويكون أحق بها بمجرد إسلامه دون رجعة، لأن إسلامه كالارتجاع.

ووجه ذلك أن التشغيب دخول النكاح بما تجرد من إسلام الزوجة، وأنه لا يحل أن يملك عصمتها كافر، وهذا تشغيب أوجب العدة، ولم يوجب الفرقة كالطلاق الرجعى.

فإذا أسلم الزوج قبل انقطاع المدة، وانقضاء العدة، فقد زال التشغيب وانجبر الثلم، وصحح إسلامه العقد، فبقيت عنده على حكم النكاح الأول، ولم يحتج إلى رجعة لأن تشغيب العقد لم يقع بما تجبره الرجعة، وإنما وقع بما يجبره إسلام الزوج، وقد وجد ذلك يدل على ذلك أنه لو ارتجعها، وبقى على كفره لم تصح، وبالله التوفيق.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى فى تحرير هذه المسألة أن إسلام الزوجة لا يوجب فرقة إذا تعقبه إسلام الزوج، فإذا لم يتعقبه إسلام الزوج وقعت به الفرقة، وذلك إنما يعرف بعد مدة.

فإذا وقع إسلام الزوجة بعد مدة كانت مراعى، فإن تعقبه إسلام الزوج، علمنا أن إسلام الزوجة إسلام لا يؤثر فرقة، وإنما يؤثر تصحيح العقد وإثباته، فبقيا على ما كانا عقداه من النكاح، وأسلما عليه، فلا معنى لرجعته، ولا لما يقوم مقامها؛ لأن نكاحهما لم يطرأ عليه إلا ما أثر فيه تصحيحًا وتبيينًا.

وإن لم يتعقبه إسلام الزوج، علمنا أن إسلام الزوجة قد وقعت به الفرقة، يدل على صحة هذا أنها تحتسب بعدتها إذا علمنا وقوع الفرقة من يوم إسلامها، لو وقعت الفرقة بامتناع الزوج من الإسلام أو بظهور ذلك عند انقضاء مدة تكون عدة أوجب أن تستأنف العدة من يومئذ لأن العدة إنما تكون من يوم تكون الفرقة.

فرع: والمدة المراعاة فى الدخول بها من يوم إسلامها إلى انقضاء عدتها على ما تقدم، فهما على نكاحهما، وإن لم يسلم فيها، فقد بانت منه، ولا سبيل له إليها، ولا توقف فى أثناء هذه المدة.

وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال: يعرض عليه الإسلام، فإن أبى، فرق بينهما، فأشار إلى ما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: خلعها الإسلام عنه كما تخلع الأمة من العبد إذ اعتقت تحته.

والدليل على ما نقوله أن العدة مدة ضربت فى المدخول بها ليعلم ما أوقع الزوج من

الطلاق، هل هو بائن أو غير بـائن، فـإن تعقبـه ارتجـاع فـى العـدة علـم أنـه غـير بـائن، فكذلك مسألتنا مثله.

فرع: ولا فرق في ذلك بين الحربيين والذميين والوثنيـين، وبـه قـال جمهـور الفقهـاء وأهل الأمصار خلافًا لأهل الكوفة فى قولهم هـذا حكـم الحربيـين دون الوثنيين وأهـل الذمة، فإن أسلمت منهم المرأة قبل الزوج عرض عليه، فإن أسلم فى الوقت، فهـو أحـق بها، وإن لم يسلم عجل التفريق بينهما.

والدليل على ما نقوله أن هذا كفر يمنع استدامة النكـاح فكـان حكمـه موقوفًـا علـى إسلام الزوج ككفر الكتابيين الحربيين.

فرع: وهل تكون هذه الفرقة طلاقًا أو فسخًا؟ قال عيسى بن دينار عن ابن القاسـم: هى طلقة بائنة. وقال ابن المواز: ليس ذلك بطلاق.

وجه قول ابن القاسم أنها فرقة واقعة باختيار من هى بيـده كـالطلاق المبتـدأ. ووجـه قول ابن المواز أنه فرقة واقعة بالشرع من غير موقع، فكانت فسخًا كالفرقة بملك الزوج زوجته، وهذا إذا قلنا إن الفرقة الواقعة بالردة فسخ، وهى روايـة ابـن أبـى أويـس وعبـد الملك بن الماجشون عن مالك.

وفى المدونة أنها طلقة بائنـة، فعلـى هـذا الفـرق بينهمـا أن فرقـة المرتـدة مـن نكـاح صححه الإسلام، والفرقة الواقعة بإسـلام زوجـة الكـافر فرقـة مـن نكـاح لـم يصححـه إسلام.

فرع: وهل علىالكافر الذى أسلمت زوجته أن ينفق عليها فـى العـدة؟ روى عيسى عن ابن القاسم: لا نفقة لها. وروى أصبغ عن ابن القاسم: لها النفقة. وفى رواية عيسى ما احتج به من إنها ممتنعة من الاستمتاع.

ووجه رواية أصبغ أنها معتدة منه يملك استباحة وطئها كالمطلقة الرجعية.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: وَلَمْ يَبْلُغْنَا أَنَّ امْرَأَةً هَاجَرَتْ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَزَوْجُهَـا كَـافِرٌ مُقِيمٌ بِدَارِ الْكُفْرِ إِلا فَرَّقَتْ هِجْرَتُهَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا إِلا أَنْ يَقْدَمَ زَوْجُهَـا مُهَـاجِرًا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا(*).

الشرح: قوله: «ولم يبلغنا أن امرأة هـاجرت إلى اللـه ورسـوله إلا فرقـت هجرتهـا

(*) ذكره البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٣٩٨٣/١٠. وذكره ابن عبـد البر فـى الاسـتذكار برقم ١١٠٦.

بينها وبين زوجها إلا أن يقدم قبل أن تنقضي عدتها» يريد مع إسلامها وبقائه على الكفر.

وأما لو أسلمنا جميعًا وهاجرت هى دونه على وجه مباح فى وقتنا هذا لما خرجت عن عصمته، وأما فى ذلك الوقت فقد كان للهجرة مخصوصة غير أن الظاهر ما قلناه، وقد شرط أن يقدم زوجها قبل أن تنقضى عدتها.

ومعنى ذلك أن يقدم مسلمًا، ولو قدم كافرًا لبانت منه بانقضاء العدة إن لم يسلم فيها وقد روى ابن إسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد ابنته زينب على أبى العاص بن الربيع بالنكاح الأول، ولم يحدث شيئًا.

واختلف عنه، فقال محمد بن عمرو الرازى عن سلمة بن الفضل عنه: بعد ست سنين. وقال الحسن بن على عن يزيد بن هارون عنه: بعد سنتين. ورواية على حسبما قد علم من الضعف والاضطراب. وقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ رد زينب إلى أبى العاص بن الربيع بنكاح جديد. وقد روى هذا عن غيره، وهذا أشبه وأقرب.

ولو ثبت ما روى عن عكرمة عن ابن عباس أنه ردها عليه بالنكاح الأول؛ لاحتمل أن يرد به على مثل الصداق الأول. وقال الزهرى: كان ذلك قبل أن تنزل الفرائض. وقال قتادة: كان ذلك قبل أن تنزل سورة براءة بقطع العهود بين المشركين والمسلمين، ويحتمل أنها لم تكن استكملت ثلاث حيض، ويحتمل أن يكون حكمها منسوخًا، وثبت النسخ بالإجماع على أنها إذا انقضت عدتها فقد بانت منه، والله أعلم.

١١٢٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ أُمَّ حَكِيمٍ بِنْتَ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ وَكَانَتْ تَحْتَ عِكْرِمَةَ بْنِ أَبِي جَهْلٍ، فَأَسْلَمَتْ يَوْمَ الْفَتْحِ، وَهَرَبَ زَوْجُهَا عِكْرِمَةُ بْنُ أَبِي جَهْلٍ مِنَ الإِسْلامِ حَتَّى قَدِمَ الْيَمَنَ، فَارْتَحَلَتْ أُمُّ حَكِيمٍ حَتَّى قَدِمَتْ عَلَيْهِ بِالْيَمَنِ، فَدَعَتْهُ إِلَى الإِسْلامِ فَأَسْلَمَ، وَقَدِمَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ الْفَتْحِ، فَلَمَّا رَآهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَثَبَ إِلَيْهِ فَرِحًا وَمَا عَلَيْهِ رِدَاءٌ حَتَّى بَايَعَهُ، فَثَبَتَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «إن أم حكيم بنت الحارث بن هشام أسلمت يوم الفتح وهرب

١١٢٦ - أخرجه الطبرانى فى الكبير بنحوه ٣٧٣/١٧ عن عروة. البيهقى فى الدلائل بلفظه ٩٨/٥ عن أسماء.

زوجها عكرمة بن أبى جهل عن الإسلام، إصرارًا منه على الكفر وزواله يقتضى تحريم الوطء ويدخل التشغيب فى النكاح، ويجرى به إلى بينونة إن انقضت العدة على هذه الحال.

ولما قدمت عليه أم حكيم باليمن دعته إلى الإسلام، اقتضى ذلك إصلاح ما تشغب من النكاح وتصحيح ما كان فاسدًا منه بحكم الكفر؛ لأن أنكحة الكفار فاسدة لما يعدم فيها من شروط الصحة من الولى والمهر وغير ذلك، لكن الإسلام يصححها كما يصحح ملكهم للأموال، وإن ملكوها على وجه فاسد، لو كان فى حال الإسلام لم يصح، فلما وجد الإسلام فى نكاح عكرمة صحح ما كان فيه من فساد وأصلح ما كان دخله من تشعب بإسلام زوجته قبله، وذلك كما كان فى العدة المذكورة.

فصل: وقوله: **«فلما رآه رسول الله ﷺ وثب إليه فرحًا وما عليه رداء»** وذلك من حرص النبى ﷺ على دخول الناس فى الإسلام، وإن هداهم الله تعالى به إلى الإسلام لاسيما من كان من عظماء الناس وأعيانهم كعكرمة فى قومه، فإنه كان من سروات بنى مخزوم وعظمائهم، وبهذا وصف الله نبيه ﷺ، فقال: **﴿لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رءوف رحيم﴾** [التوبة: ١٢٨]، ولم يحمله ما تقدم من عداوته وعداوة أبيه على أن لا يناله وحرصه على منفعته واهتدائه به ما ينال غيره ﷺ وشرف وكرم.

قَالَ مَالِك: وَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ قَبْلَ امْرَأَتِهِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا إِذَا عُرِضَ عَلَيْهَا الإِسْلامُ، فَلَمْ تُسْلِمْ لأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِى كِتَابِهِ: **﴿وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾** [الممتحنة: ١٠].

الشرح: وهذا على حسب ما قاله أن الكافرين إذا أسلم الزوج قبل الزوجة لم يخل أن تكون كتابية أو غير كتابية، فإن كانا كتابيين، فهما على نكاحهما، وإن كانت الزوجة غير كتابية، فإن لم يكن بنى بها، فقد روى محمد عن ابن القاسم عن مالك توقف، فإن أسلمت، قال محمد: يريد مكانها، وإلا فرق بينهما. وقال أشهب وأصبغ: تنقطع العصمة بينهما. قال محمد: يريد بإسلام الزوجة، وهو أحب إلىّ.

وجه قول مالك أن إسلام الزوج إنما يمنع استدامة النكاح، ولا يقتضى إيقاع فرقة. ووجه قول أشهب إنما يمنع استدامة النكاح من إسلام أحد الزوجين إذا وجد قبل البناء، فإنه يقطع العصمة كما لو أسلمت الزوجة أولاً.

مسألة: فإن بنى بها ثم أسلم، فقد قال: يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا فسخ نكاحهما، وبه قال أبو حنيفة. زاد أبو زيد عن ابن القاسم: يعرض عليها الإسلام اليوم والثلاثة. وقال أشهب: يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا فلا سبيل له إليها.

فقول ابن القاسم مبنى على أن إسلام الزوج لا يقع به الفرقة، وإنما يقع بالحكم أو بالإغفال حتى تطول المدة، ولو وقعت الفرقة بنفس إسلامه لما عرض عليها الإسلام. وقال الشافعي: حكم ذلك حكم المرأة تسلم قبل زوجها يراعى فى ذلك إسلام الثانى منهما فى العدة.

وقد استدل مالك رحمه الله فى رد ذلك بقوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠]، وهو ظاهر فى مسألتنا.

ومن جهة المعنى أن العدة حق لارتجاع المعتدة للنكاح، فيجب أن يعتبر فيما فيه الرجعة من قبل الزوج وإذا كان الارتجاع من قبل الزوجة لم تراعى فيه العدة اللازمة لها لأن العدة عليها لا لها.

مسألة: فإن غفل عنها إلى أن تطاول مثل الشهر، فقد قال ابن القاسم: إنه قد برئ. وقال أشهب: لا يفرق بينهما حتى تنقضى العدة.

وجه قول ابن القاسم ما قدمناه. ووجه قول أشهب أن الفرقة إنما تكون بحكم التوقيف وامتناعها من الإسلام وانقضاء العدة. وأما ما مضى من زمن العدة قبل التوقيف والامتناع من الإسلام، فلا تنقطع به العصمة بينهما كاليوم واليومين.

* * *

ما جاء فى الوليمة

١١٢٧ – مَالِك، عَنْ حُمَيْدٍ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ

١١٢٧ – أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٥٦. ومسلم فى النكاح ٢٥٥٨. والترمذى فى النكاح ١٠١٤، البر والصلة ١٨٥٦. والنسائى فى النكاح ٣٢٩٧، ٣٢٩٨، ٣٣١٧، ٣٣١٨، ٣٣١٩، ٣٣٣٣. وأبو داود فى النكاح ١٨٠٤. وابن ماجه فى النكاح ١٨٩٧. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ١٢٢٢٤، ١٢٥٠٨، ١٢٦٤٩، ١٣٣٦٠، ١٣٤٥١. والدارمى فى الأطعمة ١٩٧٥، النكاح ٢١٠٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٣١/٧: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعة رواته فيما علمت من مسند أنس بن مالك، ورواه روح بن عبادة، عن مالك، عن حميد، عن أنس، عن عبد الرحمن بن عوف أنه جاء إلى رسول الله ﷺ فجعله من مسند عبد الرحمن بن عوف.

عَوْفٍ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَبِهِ أَثَرُ صُفْرَةٍ، فَسَأَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ(١) فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَمْ سُقْتَ إِلَيْهَا؟» فَقَالَ: زِنَةَ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ».

الشرح: قوله: «إن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله ﷺ وبه أثر صفرة» ظاهر هذا اللفظ أن أثر الصفرة كان بجسده، ويحتمل أن يكون في ثيابه إذا استعمل اللفظ على سبيل المجاز والاتساع، كما يقال أصاب فلانًا الطين والمطر، وإنما أصاب ذلك ثيابه، والصفرة يحتمل أن تكون صفرة زعفران أو غيره، استعمل على وجه الصبغ للثياب أو الجسد، ويحتمل أن يكون صفرة طيب له لون، قد تطيب به عبد الرحمن بن عوف، وبقيت من لونه على ثيابه أو جسده بقية.

وقد روى هذا الحديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس، فقال فيه: وبه ردع زعفران، فبين أن تلك الصفرة صفرة زعفران، وبين أصحاب مالك رضي الله عنه لباس الثياب المصبوغة بالصفرة.

قال يحيى بن عمر، في حديث عبد الله بن عمر: وأما الصفرة، فإني رأيت رسول الله ﷺ يصبغ بها فأنا أحب أن أصبغ بها. قال يحيى بن عمر: يريد يصبغ بها ثيابه لا لحيته، هذا معناه عند أصحاب مالك. وقال ابن سفيان في الصبغ بالزعفران: هذا جائز عند أصحابنا في الثياب دون الجسد. وكره أبو حنيفة والشافعي للرجل أن يصبغ ثياب ولحيته بالزعفران.

والدليل على صحة ما نقلوه، ما روى الدراوردي عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يصبغ لحيته بالصفرة حتى تمتلئ ثيابه من الصفرة، فقيل له ما تصنع بالصفرة؟ فقال: إني رأيت رسول الله ﷺ يصبغ بها، ولم يكن شيء أحب إليه منها، فإنه كان يصبغ بها ثيابه حتى عمامته.

فصل: فإن كان أثر الصفرة التي كانت لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أثر صفرة صباغ بالزعفران، فقد تقدم حكمه، وإن كان بغير ذلك من ألوان الصبغ التي لا تعلق لها بالطيب، ولا ينتفض على الجسد كالصفرة المصبوغة بالصفر أو غير ذلك من الأصبغة، فلا خلاف في جواز ذلك.

---

(١) قال الزبير بن بكار: المرأة التي تزوجها ابنة أنس بن رافع الأنصارية ولدت له القاسم وأبا عثمان عبد الله.

فصل: قوله: «**فسأله رسول الله ﷺ** » يحتمل أنه سأله لما رأى عليه من التجمل للعرس ليعلم ما سبب ذلك. وقد روى أنه رأى عليه بشاشة العرس، ويحتمل أن يرى به من الصفرة أو الطيب على جسده ما يتعلق به المنع إلا فى عرس، أو ما جرى مجراه، فسأله عن ذلك ليعلم إن كان استباحه بوجه صحيح، فيقره عليه أو استباحه بغير وجه، فيعلمه حكمه.

فصل: وقوله ﷺ: «**كم سقت إليها**» يحتمل أن يكون سأله لما كان المهر مقدرًا عنده، فيعلم إن كان عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قد بلغ المقدار، فيقره عليه، أو قصر عنه، فيأمره بتصحيح ذلك، إما بإكماله أو بما يراه، ويؤيد صحة هذا التأويل أنه سأله عن المقدار، فقال: «**كم سقت إليها**» ولم يسأله عن الجنس.

فصل: وقول عبد الرحمن بن عوف: «**زنة نواة**». قال ابن وهب وغيره من أصحاب مالك: إن النواة من الذهب خمسة دراهم، والوقية أربعون درهمًا، والنش عشرون درهمًا، والنش نصف الشيء. وقال أحمد بن حنبل: النواة ثلاثة دراهم وثلث، ومالك وأصحابه أعلم بهذا من غيرهم؛ لأن أهل كل بلد أعلم بعرف بلدهم فى التخاطب والتحاور.

فصل: وقوله ﷺ: «**أولم ولو بشاة**» والوليمة طعام النكاح، قاله صاحب العين، وأمره ﷺ بذلك على معنى الندب إليها لما فيها من إشهار النكاح وإظهاره، بل هو صفة من صفاته التى تميز بها مما هو موضوع من السفاح.

وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال: أستحب الإطعام فى الوليمة، وكثرة الشهود فى النكاح ليشتهر، وثبت معرفته، فهذا فى الوليمة مع ما يقترن من ذلك من كرم الأخلاق، ومكارمة الإخوان، ومواساة أهل الحاجة.

فصل: وليس فى قوله ﷺ: «**أولم ولو بشاة**» ولا فى شىء من ألفاظ الحديث ما يدل على أن هذا كان قبل البناء ولا بعده، وقد رأيت بعض من حاول تفسير هذا الحديث من أهل بلدنا، قال: إن هذا اللفظ يدل على أن الوليمة بعد البناء جائزة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وليس فى الحديث ما يدل على ذلك لأنه يحتمل أن يكون سؤال النبى ﷺ لعبد الرحمن بعد العقد، وقبل البناء، ولو بلغنا أنه كان بعد البناء لم يدل على ذلك أيضًا لجواز أن يكون قد فات ذلك قبل البناء، فأمره به بعد البناء، فيتعقبه البناء ويتصل به.

وقد روى ابن المواز عن مالك: أرى أن يولم بعد البناء. وفى العتبية من رواية أشهب عن مالك: لا بأس أن يولم بعد البناء، قال: فليجب وليس مثل الوليمة.

قال ابن حبيب: وكان النبى ﷺ يستحب الإطعام على النكاح عند عقده وعند البناء، ولفظ عند البناء يقتضى قرب البناء، ويحتمل أن يريد به قبله وبعده وكيفما كان، فليس فيه منع؛ لأن منه شهرة النكاح، وهذا لا يعدم لتقديمه ولا لتأخيره، إلا أن تقديم إشهاره قبل البناء ويتصل البناء به عندى أفضل كالإشهاد، فأما تأخيره، فإنه عار من فائدة الإشهاد الذى شرع تقديمه على البناء ومنع تقديم البناء قبل وجود شىء منه كالإشهاد، وهى عادة الناس اليوم فى الوليمة، فيحتمل أن يكون مالك قال ذلك لمن فاته قبل البناء، ويحتمل أن يكون اختار ذلك؛ لأنه لا يقتصر عليه فى إشهار النكاح، وإنما يشهر أولاً بالإشهاد، وهذه زيادة فى الإشهار تختص بإشهار البناء، ويكون فيه معنى الرضا بما اطلع عليه من حال الزوجة، فعلى هذا يختص بما بعد البناء، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**ولو بشاة**» وإن كان يقتضى التقليل إلا أنه ليس بحد لأقل الوليمة، فإنه لا حد لأقلها، وإنما ذلك على حسب الوجود، ولعل ذلك كان أقل ما رآه ﷺ فى حال عبد الرحمن بن عوف وفى مثل ذلك الوقت.

وقد روى ثابت ذكر تزويج زينب بنت جحش عند أنس، فقال: ما رأيت النبى ﷺ أو لم على أحد من نسائه ما أولم عليها، أولم بشاة.

١١٢٨ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: لَقَدْ بَلَغَنِى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُولِمُ بِالْوَلِيمَةِ مَا فِيهَا خُبْزٌ وَلا لَحْمٌ(١)

١١٢٨ – أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٧٥، ٤٧٨١. ومسلم فى النكاح ٢٥٧٤، ٢٥٧٥، ٢٥٧٦، ٢٥٧٧، ٢٥٧٨، ٢٥٧٩، ٢٥٨٠، ٢٥٨١، ٢٥٨٢. والترمذى فى النكاح ١٠١٧، الطلاق واللعان ١٠٩٨. وأبو داود فى الأطعمة ٣٢٤٧، ٣٢٤٨، ٣٢٥٠، ٣٧٣٨، الملاحم ٣٧٤١. وابن ماجه فى النكاح ١٩٠٤، ١٩١٤. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٨٢، ٤٥٠٠، ٤٧١١، ٥٠١٢، ٥١١٠، ٥٤٤٥، ٥٥٠٦، ٥٨٣٢، ٦٠٥٣. والدارمى فى النكاح ٢٠٨٢، ٢١٠٨، والحدود ٢٢٠٥.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٣٨/٧: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعتهم لم يجاوزوا به يحيى بن سعيد، ولم يختلف الرواة عن مالك فيه.

وأما حديث أحمد بن المبارك، عن مالك، عن الزهرى، عن أنس: «أن النبى ﷺ أولم على بعض نسائه بسويق وتمر» فباطل، عن مالك، ويصح عن الزهرى من غير رواية مالك، ويستند من=

الشرح: قوله: «كان يولم بالوليمة» يريد والله أعلم، أن ذلك كان في سفر حيث لا يجد الخبز ولا اللحم ولا يوجد فيه ما يتزودون به من الأقط والتمر والسويق، ويحتمل أيضًا أن يكون فى بعض الأوقات لضيق الحال، فإن النبى ﷺ لم يرو عنه أنه ترك الوليمة على أحد من نسائه.

وقد روى منصور بن صفية عن أمه، قالت: أولم النبى ﷺ على بعض نسائه بمدين من شعير. وهذا يدل على تأكيد الندب إليها والحض عليها.

قال ابن حبيب: وكان النبى ﷺ يستحب الإطعام على النكاح، ولم يدع الوليمة على أحد من نسائه قل أو كثر، وهذا يقتضى أن يؤخذ فى كل حال بما يسع، ولذلك روى عن النبى ﷺ أنه أولم على زينب بنت جحش، فأشبع الناس خبزًا ولحمًا.

=وجوه من حديث يحيى بن سعيد الأنصارى، إلا أنه لا يصح سماعه ليحيى من أنس.
ورواه سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد، عن حميد، عن أنس، قال: شهدت لرسول الله ﷺ وليمة ليس فيها خبز ولا لحم، ذكره ابن وهب، وسعيد بن عفير، عن سليمان بن بلال بهذا الإسناد؛ وزاد ابن وهب فى هذا الحديث: قلت فبأى شىء يا أبا حمزة؟ قال: بسويق.
حدثنا عبدالوارث، حدثنا قاسم، حدثنا محمد بن الهيثم أبو الأحوص، حدثنا ابن عفير، حدثنا سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد، عن حميد الطويل، عن أنس قال: أكلت لرسول الله ﷺ وليمة ليس فيها خبز ولا لحم، قلت: فبأى شىء هو يا أبا حمزة؟ قال: تمر وسويق.
ورواه إسماعيل بن عياش، عن يحيى بن سعيد، عن أنس، وإسماعيل هذا ليس بالقوى - فيما روى، عن أهل المدينة.
حدثنى أحمد بن عبدالله بن محمد، قال: حدثنا أبى، قال: حدثنا محمد بن قاسم، قال: حدثنا مالك بن عيسى القفصى الحافظ، قال: حدثنا محمد بن عوف، قال: حدثنا محمد بن المبارك الصورى، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن يحيى بن سعيد، عن أنس، قال: أولم رسول الله ﷺ على بعض أزواجه على غير خبز ولا لحم إلا الحيس.
وحدثنا أحمد بن قاسم بن عيسى المقرئ، قال: حدثنا عبيد الله بن محمد بن حبابة البغدادى، قال: حدثنا عبدالله بن محمد البغوى، قال: حدثنا على بن الجعد، قال: أخبرنا سلام بن مسكين، عن عمر بن معدان، عن ثابت، عن أنس بن مالك، قال: شهدت لرسول الله ﷺ وليمة ما فيها خبز ولا لحم.
قال البغوى: لا نعلم أحدًا قال فى هذا الحديث مع عمر بن معدان ثابت إلى على بن الجعد.
قال أبو عمر: قد روى هذا الحديث، عن أنس: الزهرى، وحميد، وعمرو بن أبى عمرو، ولا ينكر من حديث ثابت، ولثابت عن أنس حديث الوليمة على زينب. وأما هذه الوليمة، فهى الوليمة على صفية؛ لأنه كان فى سفر ولم يكن هناك غير ذلك، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالذى أبيح من الوليمة ما جرت به العادة من غير سرف ولا سمعه والمعتاد منها يوم واحد وقد أبيح أكثر من يوم، وروى أن اليوم الثانى فضل، والثالث سعة. وأجاب الحسن رجلاً دعاه فى اليوم الأول، ثم فى اليوم الثانى، ثم دعاه فى اليوم الثالث، فلم يجبه.

وروى عن ابن المسيب مثله، وقد أولم ابن سيرين ثمانية أيام، ودعا فى بعضها أبى ابن كعب. وقال ابن حبيب: فمن وسع الله عليه، فليولم من يوم ابتنائه إلى مثله.

ووجه ذلك أن يريد به الإشهار لنكاحه والتوسعة على الناس، ولا يقصد به المباهاة والسمعة.

مسألة: فإذا قلنا إنه يجوز أن يوالى أيامًا، فقد قال ابن حبيب: يكره أن يكون استدامته أيامًا، وأما أن يدعو فى اليوم الثالث من لم يكن دعاه أو من دعاه مرة، فذلك سائغ. ومعنى ذلك أنه لم يقصد بتكرار الأيام الاستيعاب.

وأما إذا قال لهم فى أول يوم بتكرر: علىَّ طعام ثمانية أيام، فإن هذا نوع من المباهاة والفخر، فإذا تكرر فى فعل من الأفعال مقصد ما حمل عليه، وجعل ذلك مقتضاه.

١١٢٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى وَلِيمَةٍ فَلْيَأْتِهَا».

الشرح: اختلف الرواة فى لفظ هذا الحديث، فقال مالك: **«إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها»** وتابعه عليه عبيد الله بن عمر.

وروى موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ: «أجيبوا الدعوة إذا دعيتم»(١).

١١٢٩ - أخرجه البخارى ٤٣/٧ كتاب النكاح باب من ترك الدعوة عن أبى هريرة. ومسلم ١٠٥٤/٢ كتاب النكاح باب ١٥ رقم ١٠٧ عن أبى هريرة. وأبو داود برقم ٣٧٣٦، ٣٣٩/٣ كتاب الأطعمة عن ابن عمر. وابن ماجه برقم ١٩١٤ ، ٦١٦/١ كتاب النكاح باب إجابة الداعى عن ابن عمر. وأحمد ٢٢/٢ عن ابن عمر. والبيهقى فى الكبرى ٢٦١/٧ عن ابن عمر. وذكره فى الكنز برقم ٤٤٦١٧ وعزاه السيوطى إلى مسلم والبيهقى عن ابن عمر.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥١٧٩. مسلم حديث رقم ١٤٢٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٥٣٤٤. الدارمى حديث رقم ٢٠٨٢.

وروى معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب، عرسًا كان أو غيره»[٢] وتابعه على ذلك الزبيدى عن نافع عن عبد الله بن عمر[٣].

وعلى حسب هذا اختلف الفقهاء فى الحكم، فروى ابن القاسم عن مالك فى المدنية: إنما هذا فى طعام العرس، وليس طعام الإملاك مثله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن الإملاك حين العقد، وأن العرس حين البناء، وهذا الذى يلزم لما فى الوليمة من إشهاره.

وروى ابن المواز عن مالك أنه قال: الوليمة التى يجب أن تؤتى وليمة النكاح وما سمعت أنه يجب أن يؤتى غيرها من الأصنعة، وأرى أن تجاب الدعوة إلا من عذر، وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى: إجابة وليمة العرس واجبة، ولا أرخص فى ترك غيرها من الدعوات التى لا يقع عليها اسم وليمة كالإملاك، والنفاس، والختان، وحادث سرور، ومن تركها لم يقل له إنه عاص. وهذا خلاف فى عبارة.

ووجه وجوبها، الأمر بذلك، والأمر يقتضى الوجوب. ومن جهة المعنى أن حكمها حكم الشهادة لأن المقصود بها الإعلان للنكاح والإثبات لحكمه، هذا المشهور من مذهب مالك وأصحابه.

وروى ابن حبيب عن مالك أنه قال: ليس ذلك عليه حتمًا، وليس بفريضة، وأحب إلىّ أن يأتى، فإن اشتغل، فلا إثم عليه لحمله على الندب، ويحتمل أن يريد على وجه واجب، وعلى وجه مندوب إليه، وسيأتى ذكره إن شاء الله.

---

(٢) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٢٩. أبو داود حديث رقم ٣٧٣٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٦٣٠١.

(٣) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/٢٤٠، ٢٤١: لا خلاف عن مالك فى لفظ هذا الحديث، وكذلك رواه عبيدالله بن عمر، عن نافع، كما رواه مالك سواء بمعنى واحد. ورواه حماد بن زيد، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ: «أجيبوا الدعوة إذا دعيتم» لم يخص وليمة من غيرها، وكذلك رواه موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ كرواية أيوب سواء. ورواه معمر، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسًا كان أو دعوة». ورواه الزبيدى، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ مثل رواية معمر بمعنى واحد وقد أجمعوا على وجوب الإتيان إلى وليمة فى العرس، واختلفوا فيما سوى ذلك.

مسألة: وروى عن مالك أنه قال الشيخ أبو محمد: يريد في غير العرس، وهذا عندى إنما يريد الطعام الذى يصنع لغير سبب من الأسباب التى جرت العادة باتخاذ الطعام لها، فعلى هذا، الطعام على ثلاثة أضرب، طعام العرس، وهو الذى يجب إتيانه، والضرب الثانى طعام له سبب معتاد للمولود والختان وما جرى مجرى ذلك، فإن هذا ليس بواجب ولا مكروه، ويقتضى على تفسير الشيخ أبى محمد أن يكون مكروهًا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه غير مكروه، ويبين ذلك ما روى أشهب عن مالك أنه قيل له النصرانى يتخذ طعامًا لختان ابنه، أفيجيبه؟ قال: إن شاء فعل، وإن شاء ترك، فهذا فى النصرانى قد أباحه، فكيف بالمسلم. والضرب الثالث، الطعام الذى لا سبب له، فهذا الذى يستحب لأهل الفضل الترفع عن الإجابة إليه ويكره التسرع إليه ذلك إنما هو على وجه التفضيل على من يدعى إليه.

١١٣٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ الأَعْرَجِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: شَرُّ الطَّعَامِ طَعَامُ الْوَلِيمَةِ يُدْعَى لَهَا الأَغْنِيَاءُ، وَيُتْرَكُ الْمَسَاكِينُ، وَمَنْ لَمْ يجب الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ(١).

الشرح: قوله رضى الله عنه: **«شر الطعام طعام الوليمة»** يريد أنه طعام مخصوص بقصد مذموم، يقل الأجر على كثرة ما فيه من الإنفاق، وذلك أنه إنما يصنع ليدعى له الأغنياء دون المساكين لما فى دعاء المساكين من ابتذال المنزل والوطاء والمكان، فكان ذلك مما يجعله شر الطعام؛ لأن خير الطعام وأكثره أجرًا ما يدعى إليه المساكين لحاجتهم إليه، ولما فى الصدقة عليهم من سد خلتهم وإشباع جوعتهم.

١١٣٠ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٧٩. ومسلم فى النكاح ٢٥٨٥. وأبو داود فى الأطعمة ٣٢٥١. وابن ماجه فى النكاح ١٩٠٣. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٦٩٧٨، ٧٣٠٥، ٨٨٩٣، ١٠٠٠٩. والدارمى فى الأطعمة ١٩٧٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٤٤/٧: هذا حديث مسند عندهم، لقول أبى هريرة: قد عصى الله ورسوله. وهو مثل حديث أبى الشعثاء، عن أبى هريرة، وأنه رأى رجلاً خارجًا من المسجد بعد الأذان، فقال: أما هذا، فقد عصى أبا القاسم، ولا يختلفون فى هذا، وذاك أنهما مسندان مرفوعان. وقد روى هذا الحديث مرفوعًا إلى النبى، ﷺ، روح بن القاسم، عن مالك.

(١) قال النووى معنى هذا الحديث: الإخبار بما يقع من الناس بعده ﷺ من مراعاة الأغنياء فى الولائم ونحوها وتخصيصهم بالدعوة وإيثارهم بطيب الطعام ورفع مجالسهم وتقديمهم وغير ذلك مما هو الغالب فى الولائم.

فأما إطعام الأغنياء، فليس فيه هذا المعنى، وإنما فيه نوع من المهاداة والتودد إذا سلم من السمعة.

وقد روى ابن حبيب أن ابن عمر رضى الله عنه دعا فى وليمته الأغنياء والفقراء، فقال ابن عمر للفقراء: هاهنا لا تفسدوا عليهم ثيابهم، فإنا نطعمكم مما يأكلون.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «**ومن لم يجب الدعوة، فقد عصى الله ورسوله**» يقتضى وجوب ذلك وقد تقدم ذكر طعام الوليمة.

وقوله بعد ذلك: «**ومن لم يجب الدعوة**» إلى طعام الوليمة، وعلى ذلك تأول جماعة العلماء.

وقد نص مالك، رحمه الله، وأكثر العلماء على وجوب إيتان طعام الوليمة لمن دعى إليها وصفة الدعوة التى تجب بها الإجابة، أن يلقى صاحب العرس الرجل فيدعوه، أو يقول لغيره: ادع لى فلانًا فيعينه، فإن قال: ادع لى من لقيت، فلا بأس على من دعى بمثل هذا أن يتخلف؛ لأن صاحب الطعام لم يعينه ولا عرفه. وذكر ذلك ابن المواز.

ووجه ذلك ما احتج به، وذلك أنه لا يجب على الناس إيتان العرس من غير دعوة، وإنما يجب بالدعوة، والدعوة مختصة بصاحب العرس، فإذا عينه؛ لزمه إتيان الدعوة لتوجهها ممن تختص به الدعوة، وله أن لا يعين المدعو، فيدعو من شاء ويمنع من شاء، وإذا لم يعينه، لم يلزمه شىء.

مسألة: وإذا لزمه إيتان الدعوة، فهل يلزمه الأكل أم لا؟ لم أجد فيه نصًا جليًا لأصحابنا. وفى المذهب مسائل تقتضى القولين.

وروى ابن المواز عن مالك: أرى أن يجيب، وإن لم يأكل أو كان صائما. قال أصبغ: ليس ذلك بالوكيد، وإنه لخفيف.

فقول مالك مبنى على وجوب إيتان الدعوة، وأن الأكل ليس بواجب، ولذلك أوجب الإتيان على من لا يريد الأكل أو من يصوم. وقول أصبغ مبنى على وجوب الأكل، ولذلك أسقط وجوب الإتيان عن الصائم الذى لا يأكل.

مسألة: وإن كان فى الوليمة زحام أو غلق الباب دونه، فقد روى ابن القاسم عن مالك: هو فى سعة إذا تخلف عنها أو رجع.

ووجه ذلك أنه لا يلزمه الابتذال فى الزحام، وتكلف الامتهان، فإن ذلك مما يثلم المروءة والتصاون ويسقط الوقار، وكذلك إن كان به عذر مرض أو غيره.

مسألة: وإن كان فى العرس لهو غير مباح كالعود والطنبور والمزهر المربع، لم يلزمه إتيانه. وأما الدف المدور أو الكبر، فمباح فى العرس. وقال أصبغ فى المدنية: ويكون ذلك عند النساء دون الرجال، ولا يكون معه عزف ولا غناء إلا الرجز المرسل. قال محمد بن عيسى: وبلغنى أنه كان مما يقوله النساء:

أتيناكم أتيناكم   فحيونا نحييكم
ولولا الحبة السمراء   لم نحلل بواديكم

فإن كان فى الوليمة لهو محظور، أبطل وجوب إتيانها، فمن جاء الوليمة، فوجد ذلك فيها، فليرجع، وعلى هذا جماعة الفقهاء. وقال أبو حنيفة: لا بأس أن يقعد ويأكل، وقول الجماعة أولى.

١١٣١ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى طَلْحَةَ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ يَقُولُ: إِنَّ خَيَّاطًا دَعَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِطَعَامٍ صَنَعَهُ، قَالَ أَنَسٌ: فَذَهَبْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى ذَلِكَ الطَّعَامِ، فَقَرَّبَ إِلَيْهِ خُبْزًا مِنْ شَعِيرٍ وَمَرَقًا فِيهِ دُبَّاءٌ، قَالَ أَنَسٌ: فَرَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَتَتَبَّعُ الدُّبَّاءَ مِنْ حَوْلِ الْقَصْعَةِ، فَلَمْ أَزَلْ أُحِبُّ الدُّبَّاءَ بَعْدَ ذَلِكَ الْيَوْمِ(*).

١١٣١ - أخرجه البخارى فى البيوع ١٩٥٠. ومسلم فى الأشربة ٣٨٠٣. والترمذى فى الأطعمة ١٧٧٣. وأبو داود فى الأطعمة ٣٢٨٨. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ١٢٣٩٦، ١٢٦٦٧، ١٢٨٨٠. والدارمى فى الأطعمة ١٩٦١.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/ ٢٥٠: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جميع رواته، فيما علمت بهذا الإسناد، وزاد بعضهم فيه ذكر القديد، وسنذكره فى هذا الباب إن شاء الله.

أدخل مالك رحمه الله، هذا الحديث فى باب الوليمة للعرس، ويشبه أن يكون وصل إليه من ذلك علم، وقد روى عنه نحو هذا، وليس فى ظاهر الحديث ما يدل على أنها وليمة عرس، وإجابة الدعوة عندى واجبة إذا كان طعام الداعى مباحًا أكله، ولم يكن هناك شيء من المعاصى، وجوب سنة لا ينبغى لأحد تركها فى وليمة العرس وغيرها، وإتيان طعام وليمة العرس عندى أوكد لقول أبى هريرة: «ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله»، على أنه يحتمل، والله أعلم، من لم ير إتيان الدعوة، فقد عصى الله ورسوله، وهذا أحسن وجه حمل عليه هذا الحديث إن شاء الله.

وقد اختلف فيما يجب الإجابة إليه من الدعوات، فذهب مالك، والثورى، إلى أن إجابة الوليمة واجب دون غيرها، وخالفهم فى ذلك غيرهم، وسنذكر اختلافهم فى ذلك فى باب ابن=

=شهاب، عن الأعرج، عن أبي هريرة، عند قوله: «شر الطعام الوليمة، يدعى لها الأغنياء، ويترك المساكين، ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله إن شاء الله».

والصحيح عندنا ما ذكرنا أن إجابة الدعوة سنة مؤكدة، مندوب إليها؛ لقول رسول الله ﷺ: «لو أهدى إلى كراع لقبلت، ولو دعيت إلى ذراع لأجبت». رواه شعبة عن قتادة، عن أنس، عن النبى ﷺ. وقال رسول الله ﷺ: «أجيبوا الدعوة إذا دعيتم». رواه أيوب السختيانى، وموسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ.

وروى عبيد الله بن عمر، ومالك بن أنس، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها»، زاد عبيد الله فى حديثه: «فإن كان مفطرًا فليطعم، وإن كان صائمًا فليدع»، قال: وكان ابن عمر إذا دعى أجاب، فإن كان صائمًا ترك، وإن كان مفطرًا أكل، فإن قيل: ليس فى حديث أيوب وموسى بن عقبة حجة؛ لأن لفظ حديثهما مجمل، وقد فسر بحديث مالك وعبيدالله، فكأنه قال: أجيبوا الدعوة إلى الوليمة إذا دعيتم، قيل له: قد رواه معمر، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، فقال فيه: «عرسًا كان أو غيره» ذكره عبدالرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ، قال: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجبه، عرسًا كان أو غيره» وذكر أبو داود قال: حدثنا الحسن بن على، قال، حدثنا عبدالرزاق، بإسناده مثله، وقال: «عرسًا كان أو دعوة» قال أبو داود: وكذلك رواه الزبيدى، عن نافع، مثل حديث معمر، عن أيوب، ومعناه سواء، وهذا قاطع لموضع الخلاف، وروى الأعمش، عن شقيق، عن عبدالله بن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «أجيبوا الداعى ولا تردوا الهدية، ولا تضربوا المسلمين». وقد ذهب أهل الظاهر إلى إيجاب إتيان كل دعوة وجوب فرض بظاهر هذه الأحاديث، وحملها سائر أهل العلم على الندب، للتآلف والتحاب.

وقد احتج بعض من لا يرى إتيان الدعوة، إذا لم يكن عرسًا بقول عثمان بن أبى العاص: ما كنا ندعى إلى الختان ولا نأتيه، وهذا لا حجة فيه. وقال بعضهم: إنما يجب إتيان طعام القادم من سفر، وطعام الختان، وطعام الوليمة، والحجة قائمة بما قدمنا من الآثار الصحاح التى نقلها الأئمة، متصلة إلى النبى ﷺ، وهى على عمومها، لا تخص دعوة من دعوة.

أخبرنى خلف بن القاسم، قال: حدثنا جعفر بن محمد بن الفضل البغدادى، قال: حدثنا محمد بن العباس، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن أبى المثنى، قال: حدثنا جعفر بن عون، قال: حدثنا سليمان الشيبانى أبو إسحاق، عن أشعث بن أبى الشعثاء، عن معاوية ابن سويد بن مقرن، عن البراء بن عازب قال: «أمرنا رسول الله ﷺ بسبع، ونهانا عن سبع، أمرنا بعيادة المريض، واتباع الجنائز، وإفشاء السلام، وإجابة الداعى، وتشميت العاطس، ونصر المظلوم، وإبرار القسم، ونهانا عن الشراب فى الفضة، فإنه من شرب فيها فى الدنيا، لم يشرب فيها فى الآخرة، وعن التختم بالذهب، وعن ركوب المياثر، وعن لباس القسى والحرير والديباج، والإستبرق».

قال البراء: أمرنا رسول الله ﷺ، بسبع، فذكر منها إجابة الداعى، وذكر منها أشياء، منها ما=

الشرح: أدخل مالك، رحمه الله، هذا الحديث فى باب ما جاء فى الوليمة، وليس فى ظاهر فى هذا الحديث ما يدل على أن الطعام طعام وليمة ولا غيرها، ولكنه لما احتمل الأمرين، وكان من مذهبه أنه يكره لذى الفضل والهيئة الإجابة إلى طعام صنع لغير سبب، أدخل هذا الحديث فى باب ما جاء فى الوليمة، إما لأنه ثبت عنده أنه كان فى وليمة، أو لأنه يصح أن يكون طعام وليمة، فيمنع بذلك احتجاج من يوجب إجابة طعام غير الوليمة بهذا الحديث، لأنه إذا احتمل الوجهين لم يجز أن يحتج على أحدهما.

ويحتمل أن يكون فعل ذلك النبى ﷺ لضرورة، وحاجة إلى الطعام، فقد أجاب جماعة من أصحابه كجابر بن عبد الله، وأبى طلحة لمثل هذا، ويحتمل أيضًا أن يكون قد علم من تعظيم الصحابة له وتبركهم بأكله طعامهم ودخوله منازلهم ما علم به أنه إذا امتنع من ذلك شق عليهم، فكان يستألفهم ويطيب نفوسهم بذلك، والله أعلم.

وقد روى أن هذا الخياط كان غلامًا للنبى ﷺ فعلى هذا يرتفع الإشكال؛ لأن طعام غلامه له استباحه بالانتزاع، والأكل وجه من وجوه الانتزاع، والله أعلم.

فصل: وقول أنس: **«فذهبت مع رسول الله ﷺ إلى ذلك الطعام»** ويحتمل أن يكون الخياط قد أباح ذلك أنس أو من شاءه النبى ﷺ، ويحتمل إن يكون ذلك مباحًا لما علم أنه يرضى بذلك، ولا يكرهه، ولو لم يعلم إباحته لذلك لرده أو لاستأذنه فى أمره. وما روى عنه ﷺ أنه قال لرجل دعاه خامس خمسة، فتبعهم رجل آخر، فقال ﷺ للذى دعاه: «إن هذا تبعنا فإما أن تأذن له، وإما يرجع، فأذن»(١).

فصل: وقوله: **«فقرب إليه خبزًا من شعير ومرقًا فيه دباء»** وقد روى ابن بكير والقعنبى فى هذا الحديث زيادة: «القديد» وهذا علم من فضله وتواضعه ﷺ فإنه كان يأكل من الطعام ما يسد به جوعه، ولا يتأنق فيه تأنق المترفين.

فصل: وقول أنس: **«فرأيت رسول الله ﷺ يتتبع الدباء من حول القصعة»** ويحتمل أن يكون فعل ذلك ﷺ لما انفراد بالأكل مع خادمه، ومن يعلم أنه لا يكره ذلك منه، بل يتبرك أن يأكل من موضع مشت فيه يده، وإنما يمنع من أن تجول يده فى الصحفة

=هو فرض على الكفاية، ومنها ما هو واجب وجوب سنة، فكذلك إجابة الدعوة، والله نسأله العصمة.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٤٣٤. مسلم حديث رقم ٢٠٣٦. الترمذى حديث رقم ١٠٩٩.

من يأكل معه من لا يحل منه هذا المحل، وربما كره أن يمس ما بين يديه، ولذلك قال ﷺ لعمر بن أبى سلمة: «سم الله، وكل مما يليك»[٢] يريد بذلك ﷺ تعليمه وتأديبه تأديب مثله فى الموضع الذى يلزم فيه.

ويحتمل أيضًا مع ذلك أن يكون الدباء قد اتفق أن يكون أكثره حول الصحفة، وفى موضع لا يصل إليه النبى ﷺ إلا بعد تناوله ذلك على هذا الوجه، إما لاتفاق فى وضعه، أو لأن صاحب الطعام قصد إبعاده منه، وتقريب القديد مما يليه لما ظن أن ذلك أحب إليه من الدباء، فاحتاج النبى ﷺ فى أكله الدباء إلى أن يتناوله من حول الصحفة.

وقد جوز مثل هذا للإنسان أن يتناوله حيث كان من الصحفة إذا اختلفت أجناس الطعام فيها، وإنما يلزم الاقتصار على ما بيناه إذا تساوت أجناسه. والأصل فى ذلك ما رواه الجعد عن أنس «أن أم سليم أهدت إلى رسول الله ﷺ حيسة فى برمة، فوضع يده عليها، وتكلم بما شاء الله، ثم دعا عشرة يأكلون، فيقول لهم: اذكروا اسم الله، وليأكل كل رجل مما يليه حتى تصرعن عنها»[٣]. فوجه الدليل منه أن الحيس متساوى الأجزاء والتزام ذلك فى كل شىء أفضل وأجمل إن شاء الله تعالى.

* * *

جامع النكاح

١١٣٢ – مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمُ الْمَرْأَةَ أَوِ اشْتَرَى الْجَارِيَةَ، فَلْيَأْخُذْ بِنَاصِيَتِهَا وَلْيَدْعُ بِالْبَرَكَةِ، وَإِذَا اشْتَرَى الْبَعِيرَ فَلْيَأْخُذْ بِذِرْوَةِ سَنَامِهِ[١] وَلْيَسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ»[*].

---

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣٧٦، ٥٣٧٧، ٥٣٧٨. مسلم حديث رقم ٢٠٢٢. الترمذى حديث رقم ١٨٥٧. أبو داود حديث رقم ٣٧٧٧. ابن ماجه حديث رقم ٣٢٦٧. أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٨٩٥، ١٥٨٩٦، ١٥٨٩٧، ١٥٨٩٩، ١٥٩٠٢، ١٥٩٠٣. الدارمى حديث رقم ٢٠١٩، ٢٠٤٥.

(٣) أخرجه البخارى تعليقًا فى صحيحه، كتاب النكاح، باب الهدية للعروس.

١١٣٢ – أخرجه أبو داود برقم ٢١٦٠، ٢/٢٥٥ كتاب النكاح باب جامع النكاح عن عمرو بن شعيب، عن أبيه. وذكره الكنز برقم ٤١٦٥٨ وعزاه لابن عدى بالكامل عن عمر.

(١) بذروة سنامه: بكسر الذال المعجمة، أى أعلاه.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/٢٥٢: وهذا أيضًا مرسل عند جميع الرواة للموطأ والله=

الشرح: أمره ﷺ من تزوج امرأة أو اشترى جارية، أن يأخذ بناصيتها، وهو مقدم شعر الرأس، ويدعو بالبركة، وأمره الذى اشترى البعير أن يأخذ بذروة سنامه، وهى أعلاه ويستعيذ بالله من الشيطان، يحتمل أن يكون خص الإبل بذلك، لما روى أنها خلقت من الجن، فاستعاذ بالله من سوء ما خلقت منه، مخافة أن يكون فى الإبل شىء من أخلاق من خلقت منه.

وقد قيل إن معنى ما روى: أنها خلقت من الجن، أن فيها من النفار والحدة والأذى والصول إذا هاجت ما شبهت من أجله بالجن، فعلى هذا أيضًا يحتمل أن يؤمر أن يستعيذ بالله من الشيطان الذى شبه به ما اشتراه بشره وأذاه، وربما سببت له أسباب الشر، وحمله على النفاق والأذى والترويع والهيجان، وغير ذلك، والله أعلم.

١١٣٣ – مَالِك، عَنْ أَبِى الزُّبَيْرِ الْمَكِّىِّ أَنَّ رَجُلا خَطَبَ إِلَى رَجُلٍ أُخْتَهُ، فَذَكَرَ أَنَّهَا قَدْ كَانَتْ أَحْدَثَتْ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فضَرَبَهُ أَوْ كَادَ يَضْرِبُهُ، ثُمَّ قَالَ: مَا لَكَ وَلِلْخَبَرِ.

الشرح: إخبار الرجل عن أخته إذا خطبت إليه: «**أنها أحدثت**» يريد أنه قد أصابها ما يوجب عليها حد الزنى. وروى نحوه فى المدنية عن عيسى بن دينار، فأنكر ذلك عليه عمر بن الخطاب رضى الله عنه، ولعلها قد كانت أقلعت وتابت، ومن عاد إلى مثل هذه الحال لا يحل ذكره بسوء، فإن الله تعالى يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات.

ولا يلزم الولى أن يخبر من حال وليته إلا بما يلزم فى ردها ، وهى العيوب الأربعة الجنون والجذام والبرص وداء الفرج. وأما غيره من العيوب، فلا يلزمه ذلك، وبالله التوفيق.

١١٣٤ – مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَعُرْوَةَ

=أعلم، ومعناه يستند من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومن حديث أبى لاس الخزاعى؛ وقد رواه عنبسة بن عبد الرحمن، عن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن عمر، عن النبى ﷺ. وعنبسة ضعيف لا يحتج به.

١١٣٣ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٦/٢٤٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١١٤.

١١٣٤ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١١٥.

ابْنَ الزُّبَيْرِ كَانَا يَقُولان فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عِنْدَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، فَيُطَلِّقُ إِحْدَاهُنَّ الْبَتَّةَ أَنَّهُ يَتَزَوَّجُ إِنْ شَاءَ، وَلا يَنْتَظِرُ أَنْ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا.

١١٣٥ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَعُرْوَةَ ابْنَ الزُّبَيْرِ أَفْتَيَا الْوَلِيدَ بْنَ عَبْدِ الْمَلِكِ عَامَ قَدِمَ الْمَدِينَةَ بذَلِكَ غَيْرَ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ قَالَ: طَلِّقْهَا فِي مَجَالِسَ شَتَّى.

الشرح: وهذا كما قال لأن المطلق زوجته لا يخلو أن يكون طلاقه بائنًا أو رجعيًا، فإن كان بائنًا فهو على ما قال: يجوز أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها، وليس عليه أن ينتظر انقضاء عدتها، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يتزوج رابعة غيرها ولا أختها، حتى تنقضي عدتها.

والدليل على ما نقوله أن الطلاق الثلاث معنى يقع به البينونة ويمنع الرجعة، فوجب أن يفسخ نكاح الأخت كانقضاء العدة.

مسألة: وإن كانت المطلقة رجعية، فلا خلاف أنه لا يجوز أن يتزوج أختها ولا عمتها ولا خالتها ولا رابعة غيرها، وهو متفق عليه من أقوال العلماء، لأن أحكام الزوجية باقية بينهما. وقول القاسم بن محمد له: «**طلقها في مجالس شتى**»، بمعنى أنه لا يجوز له أن يوقع البتة في مجلس واحد ولا طلقتين لا تتخللهما رجعة، ولا نكاح على ما يأتي ذكره بعد هذا، ولم يحتج عروة إلى ذكر هذا لأنه لا تأثير له في جواز عقد نكاح غيرها، وإنما له تأثير في حظر إيقاعها على غير الوجه الذي تقدم.

١١٣٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: ثَلاثٌ لَيْسَ فِيهِنَّ لَعِبٌ: النِّكَاحُ وَالطَّلاقُ وَالْعِتْقُ.

الشرح: قوله رضي الله عنه: «**ثلاث ليس فيهن لعب: النكاح والطلاق والعتق**» يريد أنه لا يثبت حكم اللاعب فيهن بلعبه، بل يحمل على مثل ما يحمل عليه الجاد من اللزوم.

وقد روى ابن المواز عن مالك في الرجل يقول للرجل، وهو يلعب: زوج ابنتك من

١١٣٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١١٦.

١١٣٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١١٧.

ابنى، وأنا أمهرك كذا، فقال الآخر على لعب وضحك: أتريد ذلك؟ قال: نعم، قد زوجته، فذلك نكاح لازم، فهذا المشهور من المذهب.

وروى فى العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فى رجل أبصر رجلاً، فقيل له: تنظر إليه، ولقد بلغنا أنه ختنك، فقال: أشهدكم أنى زوجته ابنتى بما شاء، فقام الرجل يطلب زوجته بأثر ذلك أو بعد يومين، فقال الأب: كنت لاعبًا. قال ابن القاسم: يحلف ما كان ذلك منه على وجه النكاح، ولا شىء عليه. وحكى أبو محمد عن أبى بكر بن اللباد، قال: يلزمه النكاح.

فرواية أبى زيد مبنية على خلاف ما قدمناه من أن لعب النكاح لازم، وحكم ذلك عنده على هذه الرواية حكم البيوع. وفى العتبية: قال سحنون عن على بن زياد: لا يجوز نكاح هزل، ولا لعب، ويفسخ قبل البناء وبعده، ومعنى ذلك عندى، والله أعلم، إذا أقرا جميعًا أنهما كانا لاعبين، وأنهما لم يريدا النكاح، فهذان ليس بينهما نكاح، ويجب أن يفرق بينهما قبل البناء وبعده، وقد تجوز فى العبارة لأنه ليس بينهما نكاح يفسخ، ولا يقر.

١١٣٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَ بِنْتَ مُحَمَّدِ ابْنِ مَسْلَمَةَ الأَنْصَارِيِّ فَكَانَتْ عِنْدَهُ حَتَّى كَبِرَتْ، فَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَتَاةً شَابَّةً، فَآثَرَ الشَّابَّةَ عَلَيْهَا، فَنَاشَدَتْهُ الطَّلاقَ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً، ثُمَّ أَمْهَلَهَا حَتَّى إِذَا كَادَتْ تَحِلُّ رَاجَعَهَا، ثُمَّ عَادَ، فَآثَرَ الشَّابَّةَ، فَنَاشَدَتْهُ الطَّلاقَ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً، ثُمَّ رَاجَعَهَا ثُمَّ عَادَ، فَآثَرَ الشَّابَّةَ، فَنَاشَدَتْهُ الطَّلاقَ، فَقَالَ: مَا شِئْتِ إِنَّمَا بَقِيَتْ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ شِئْتِ اسْتَقْرَرْتِ عَلَى مَا تَرَيْنَ مِنَ الأَثَرَةِ، وَإِنْ شِئْتِ فَارَقْتُكِ، قَالَتْ: بَلْ أَسْتَقِرُّ عَلَى الأَثَرَةِ، فَأَمْسَكَهَا عَلَى ذَلِكَ، وَلَمْ يَرَ رَافِعٌ عَلَيْهِ إِثْمًا حِينَ قَرَّتْ عِنْدَهُ عَلَى الأَثَرَةِ.

الشرح: قوله: «**فآثر الشابة عليها**» الإيثار يكون على أربعة أضرب، أحدها: الإيثار يكون بمعنى المحبة لإحداهما، والميل إليها، فهذا الضرب لا يملك أحد دفعه، ولا الامتناع منه، وإنما الإنسان مضطر إلى ما جبل عليه منه.

مسألة: والضرب الثانى، إيثار إحدى الزوجتين على الأخرى فى سعة الإنفاق عليها والكسوة وسعة المسكن، ولكن ذلك بحسب ما تستحقه كل واحدة منهما؛ لأن لكل

١١٣٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١١٨.

واحدة منهما نفقة مثلها ومؤنة مثلها ومسكن مثلها، على قدر شرفها وجمالهـا وشبابها وسماحتها، فهذا الإيثار واجب ليس للأخرى الاعتراض فيه، ولا لـلزوج الامتنـاع منـه، ولو امتنع لحكم به عليه.

مسألة: والضرب الثالث من الإيثار، أن يعطى كل واحدة منهما من النفقة والكسـوة والمؤنة ما يجب لها ثم يؤثر إحداهما بأن يكسوها الخز والحرير والحلى، ففى العتبيـة مـن رواية ابن القاسم عن مالك: أن ذلك له، فهذا الضرب من الإيثار ليس لمن وفيت حقهـا أن تمنع الزيادة لضرتها لا يجبر الزوج، وإنما له فعله إذا شاء.

مسألة: والضرب الرابع، أن يؤثر إحدى الزوجتين بنفسه مثل أن يبيت عند إحداهما، ولا يبيت عند الأخرى أو يكون مبيته عند إحداهما أكثر أو يجامعها، ويجلس عندها فـى يوم الأخرى أو ينقص إحداهما منفقة مثلها، ويزيد الأخرى أو يجرى عليها ما يجب لها.

فهذا الضرب من الإيثار لا يحل للزوج فعله، إلا بإذن المؤثر لها، فـإن فعلـه كـان لهـا الاعتراض فيه والاستعداء عليه، قال الله تعالى: ﴿**فلا تميلوا كل الميـل**﴾ [النسـاء: ١٢٩] وإن أذنت له فى ذلك، فهو جائز، وقد وهبت سـودة بنـت زمعـة يومهـا لعائشـة تبتغـى بذلك رضا النبى ﷺ، فكان يقسم بذلك لعائشة يومين.

وفى المدنية عن عيسى أنه يقع فى نفسى أن الإيثار المذكور فى هذا الحديث، هو فـى القسم لها من نفسه فى البيت، وما يجب عليه العدل فيه بين نسـائه لأن الأثـرة فـى غـير ذلك جائزة، فيما يريد أن يؤثر به من ماله بعد يعدل بينهن فى المبيت، وما لابـد لـه مـن النفقة على قدرها، وقدر عياله عندها.

فصل: قوله: «**فناشدته الطلاق، فطلقهـا، ثـم ارتجعهـا**» إن كـان إيثـاره أولاً، الإيثـار الذى لا اعتراض لها فيه، ولا لها المنع منه ولا المطالبة بمثله، فإن مناشـدتها إيـاه الطـلاق على سبيل الرغبة إليه، وكان طلاقه إياها إسـعافًا لرغبتهـا وموافقـة لإرادتهـا، وإن كـان إيثاره إيثارًا لها الاعتراض فيه والمنع منه لكنه أتى من ذلك ما أتى بإذنهـا، ومـن إباحتهـا ثم ظهر إليها المنع من ذلك، فإن مناشدتها إياه الطلاق بمعنى مطالبته بـالحق، ودعائـه إلى الحكم الواجب لأن المرأة إذا أباحت لزوجتها الإيثار عليها بإن لا يقسم لهـا أو تبيـح لـه فى يومها الجلوس عند ضرتها، ثم بدا لها الرجوع فى ذلك كان لها الرجوع فيه، والمنع منه، رواه ابن المواز عن مالك، ومثله روى عن النخعي ومجاهد: وقال الحسن: ليس لهـا الرجوع فى ذلك.

والدليل على ما نقوله أن كل ضرر لحق من الزوج مؤثر فى المواصلة والاستمتاع، فإن للمرأة الخيار فيه بعد الرضا به إذا كان مما يرجى زواله، ويضر بقاؤه كعجز المعترض.

مسألة: فإذا قلنا: لها الرجوع فى ذلك، وجب على الزوج أن يرجع إلى العدل بينهما أو يطلق، ولذلك آثر رافع بن خديج الطلاق، ولم يؤثر المساواة بينهما، وذلك جائز له على حسب ما تقدم.

فصل: وقوله: «**فطلقها حتى إذا كادت أن تحل راجعها**» يحتمل أن يكون إنما كان يراجعها يعتقد المساواة ثم يبدو له، فيخبرها بين الرضا بالإيثار أو الطلاق، ويحتمل أن يكون إنما كان يراجعها على رضاها بالإيثار فيتمادى على ذلك مدة، ثم يبدو لها فترجع عن الرضا به، ولا بأس بالمراجعة على الإيثار.

وأما عقد النكاح على الإيثار، فقد روى ابن المواز وابن حبيب: أنه لا يجوز. زاد ابن حبيب: وإن كان يجوز بعد النكاح الصلح على الأثرة.

مسألة: فإن وقع النكاح على ذلك، فقد روى محمد وابن حبيب: يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويبطل الشرط.

ووجه ذلك أنه مبنى على أن الفساد فى المهر وأنه إنما رضى بهذا المقدار على ما شرط من الأثرة.

فصل: وقوله عند الثالثة: «**ما شئت إنما بقيت واحدة، فإن شئت استقررت على ما ترين من الأثرة، وإن شئت فارقتك**» يريد أنه إن طلقها هذه الطلقة التى بقيت لم يكن له إلى ارتجاعها سبيل، ولو رضيت بالأثرة لم ينفعها، وإنما بقى لها أن ترضى الآن بالأثرة، وتقر على ذلك أو يطلقها آخر الطلاق، فلا يكون إليها سبيل.

فصل: وقولها: «**بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك، ولم ير رافع عليه إثما حين قرت عنده على الأثرة**» يريد أنه رأى أنه لا إثم عليه فى الإيثار عليها الذى لا يجوز له إلا بإذنها، ولو لم ترض به لكان آثما فيه لو تمادى عليه، والله أعلم.

وأما إذا كان يرضى، ففى المدنية عن عيسى، قلت لابن القاسم: يجوز للرجل أن يفعل مثل ما فعل رافع؟ فقال لى: لا بأس بذلك، لأنه لم يضرها، لو شاء ابتدأ طلاقها من غير تخيير.

وروى يحيى بن يحيى عن نافع قال: ما أحب ذلك لأحد، قال الله تعالى: ﴿**فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة**﴾ [النساء: ١٢٩]، قال يحيى بن إبراهيم: قول ابن القاسم هو الفقه بعينه، والله أعلم.

* * *



كتاب الطلاق

ما جاء فى البتة

١١٣٨ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلا قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ: إِنِّى طَلَّقْتُ امْرَأَتِى مِائَةَ تَطْلِيقَةٍ، فَمَاذَا تَرَى عَلَىَّ؟ فَقَالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: طَلُقَتْ مِنْكَ لِثَلاثٍ، وَسَبْعٌ وَتِسْعُونَ اتَّخَذْتَ بِهَا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا.

الشرح: قوله: **«طلقت امرأتى مائة تطليقة»**، يحتمل إيقاعها مجتمعة ومفترقة، ولا تأثير للزائد على الثلاث فى جمعها إلا ما له من التأثير فى تفريقها، وذلك أنه أثم فيها، ولا يعتد عليه بشىء منها إن جدد نكاحها بعد زوج.

وإنما الذى فرق بينهما أن التى يطلقها واحدة بعد أخرى يتعين له التى يحرم بها عليه، وهى الثلاث الأول وما بعدها من الطلاق، فإنما يتناول امرأة أجنبية لا يتعين بها طلاق، والذى يجمع لا يتعين له الثلاث التى تحرم بها عليه.

وهذا لا تأثير له فى الحكم إلا فى الاستثناء، وهو إذا قال لها: طلقتك مائة إلا تسعة وتسعين، وقد روى عن سحنون أنها بائن منه بثلاث.

وروى عنه أنه قال: لا يقع عليها إلا طلقة واحدة، فمن جعل ما زاد على لفظ الثلاث ليس له غير حكم الثلاث بمنزلة قوله: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا؛ ومن جعل للفظ المائة تأثيرًا جعل لما زاد من الاستثناء على الثلاث تأثيرًا، فلمْ يبق من الطلاق إلا واحدة.

* * *

باب ما يجوز إيقاعه من الطلاق

يعتبر بثلاثة معان، العدد والصفة والزمان. قال القاضى أبو محمد: الطلاق على ثلاثة

١١٣٨ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٣٧/٧. عبد الرزاق فى المصنف ٣٩٨/٦. ابن حزم فى المحلى ١٧٢/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١١٩.

أضرب، طلاق سنة، وطلاق بدعة، وطلاق لا يوصف بسنة ولا ببدعة. قال: ومعنى قولنا: طلاق سنة، أنه أوقع على الوجه الذى ورد الشرع بإيقاعه عليه.

ومعنى وصفنا بأنه للبدعة، أنه أوقع على غير الوجه الذى ورد الشرع بإيقاعه عليه، والضرب الثالث: فيمن عقد إيقاع الطلاق عليها فى جميع الأحوال. وهذه الثلاثة الأقسام تصح من جهة الزمان.

فأما من جهة العدد والصفة، فلا يكون إلا قسمان: سنة وبدعة، ويبطل القسم الثالث، فأما العدد، فأنه لا يحل أن يوقع أكثر من طلقة واحدة، فمن أوقع طلقتين أو ثلاثًا، فقد طلق بغير السنة. وقال الشافعى: موقع الثلاث جملة، مطلق للسنة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولا يخلو أن يكون أمرًا بصفة الطلاق، والأمر يقتضى الوجوب أو يكون إخبارًا عن صفة الطلاق الشرعى.

ومن أصحابنا من قال: إن الألف واللام تكون للحصر، وهذا يقتضى أن لا يكون الطلاق الشرعى على غير هذا الوجه.

فإن قيل المراد بذلك الإخبار عن أن الطلاق الرجعى طلقتان، وأن ما زاد عليه ليس برجعى.

قالوا: يدل على ذلك أنه قال بعد ذلك: ﴿**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾، ثم أفرد الطلقة الثالثة ما لم تكن رجعية، وفارق حكمها حكم الطلقتين، فقال: ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره**﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وإذا كان المراد ما ذكرناه من الإخبار عن الطلاق الرجعى لم يدل ذلك على أن هذا هو الطلاق الرجعى دزن غيره. فالجواب أن هذا أمر أضمر فى الكلام مع استقلاله دونه بغير دليل لأنكم تضمرون الرجعى، وتقولون: معناه الطلاق الرجعى مرتان، وإذا استقل الكلام دون ضمير لم يجز تعديها إلا بدليل.

وجواب ثان، وهو أنه لو أراد الإخبار عما ذكرتم لقال الطلاق طلقتان؛ لأن ذلك يقتضى أنه الطلاق الرجعى أوقعهن مجتمعتين أو مفترقتين، فلما قال: مرتان، ولا يكون ذلك إلا لإيقاع الطلاق، يفترقا، ثبت أنه قصد الإخبار عن صفة إيقاعه لا الإخبار عن عدد الرجعى منه.

فإن قالوا إن لفظ التكرار إذا علق باسم أريد به العدد دون تكرار الفعل، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾ [الأحزاب: ٣١]، ولم يرد تفريق الأجر، وإنما أراد تضعيف العدد.

فالجواب أن قوله: ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾، حقيقة فيما ذكرناه من تكرار الفعل دون العدد، ولا فرق فى ذلك بين أن يعلق على فعل أو اسم يدل على ذلك أنك تقول لقيت، فلانًا مرتين.

فيقتضى تكرار الفعل وكذلك قوله: دخلت مصر مرتين، فإذا كان ذلك أصله وحقيقته، ودل الدليل فى بعض المواضع على العدول به عن حقيقته واستعماله فى غير ما وضع له لم يجز حمله على ذلك فى موضع آخر إلا بدليل.

وجواب آخر، وهو أن الفضل، قال: معنى ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾ مرة بعد مرة فى الجنة، فعلى هذا لم يخرج اللفظ عن بابه إلا عدل به عن حقيقته، وإن قلنا إن معناه التضعيف فى ماله وأجره، فالفرق بينهما أن قوله تعالى: ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾ يفيد التضعيف، ويمنع الاقتصار على ضعف واحد.

ولو كان معنى قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩]، يريد به التضعيف لمنع من إيقاع طلقة واحدة وإلا بطل معنى التضعيف، وهذا باطل باتفاق.

ودليلنا من جهة السنة ما روى مخرمة بن بكير عن أبيه قال: سمعت محمد بن لبيد، قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعًا، فقال: «فعلته لاعبًا، ثم قال: تلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم»(*)، حتى قنام رجل، فقال: يا رسول الله ألا أقتله.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى وعدد يقتضى البينونة، فوجب تحريمه كاللعان.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن أوقع الطلاق الثلاث بلفظة واحدة، لزمه ما أوقعه من الثلاث، وبه قال جماعة الفقهاء.

وحكى القاضى أبو محمد فى إشرافه عن بعض المبتدعة: يلزمه طلقة واحدة، وعن بعض أهل الظاهر: لا يلزمه شيء، وإنما يروى هذا عن الحجاج بن أرطاة ومحمد بن إسحاق.

(*) أخرجه النسائى فى الصغرى كتاب الطلاق حديث رقم ٣٤٠١.

والدليل على ما نقوله إجماع الصحابة؛ لأن هذا مروى عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وعائشة، رضى الله عنهم، ولا مخالف لهم.

وما روى عن ابن عباس فى ذلك من رواية طاوس قال فيه بعض المحدثين: هو وهم، وقد روى ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن وهب خلاف ذلك، وإنما وقع الوهم فى التأويل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة، فقد رواه عنه الأئمة، معمر وابن جريج وغيرهما وابن طاوس إمام.

والحديث الذى يشيرون إليه هو ما رواه ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر، رضى الله عنه: قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم.

ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس ثلاث تطليقات، ويدل على صحة هذا التأويل أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، قال: إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة، فأنكر عليهم أن أحدثوا فى الطلاق استعجال أمر كانت لهم فيه أناة، فلو كان حالهم ذلك من أول الإسلام فى زمن النبى ﷺ ما قاله وما عاب عليهم استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة.

ويدل على صحة هذا التأويل ما روى عن ابن عباس من غير طريق أنه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها مجتمعة، فإن كان هذا معنى حديث ابن طاوس، فهو الذى قلناه، وإن حمل حديث ابن طاوس على ما يتأول فيه من لا يعبأ بقوله فقد رجع ابن عباس إلى قول الجماعة، وانعقد به الإجماع.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا طلاق أوقعه من يملكه، فوجب أن يلزمه. أصل ذلك إذا أوقعه مفرقًا.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فسنة الطلاق أن يطلقها طلقة واحدة، ثم يمهلها حتى تنقضى عدتها إن أراد إمضاء الطلاق، فإن طلقها فى القرء الثانى طلقة، وفى القرء الثالث طلقة، فإن الطلقتين المتأخرتين ليستا للسنة.

وقال أبو حنيفة: إن طلاق السنة أن يطلقها فى كل قرء طلقة، فتنقضى عدتها، وقد طلقها ثلاثًا. وقد قال أشهب: لا بأس به ما لم يرتجعها فى خلال ذلك، وهو يريد أن يطلقها ثانية، فلا يحق له ذلك لما يريد من تطويل العدة.

فوجه قول مالك قوله تعالى: ﴿**فطلوقهن لعدتهن**﴾ [الطلاق: ١]، وهذا يقتضى إيقاع طلاق يعتد به، والطلقة الثانية لا عدة لها، فلا يتناولها الأمر بصفة الطلاق.

ومن جهة القياس أن هذا طلاق فى مدخول بها لا يوجب عدة، فلا يكون للسنة. أصل ذلك إذا طلق الثلاث بلفظ واحد، فإن الثانية والثالثة ليست للسنة لما لم توجب عدة.

إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن المواز: طلقة فى كل طهر أحب إلىّ من طلقتين فى مجلس. وهذا إنما هو بمعنى أن أحد الأمرين أشد من الآخر.

مسألة: وأما اعتبار السنة من جهة الزمان، فإن يطلق المدخول بها الحامل التى تجرى حيضتها على المعتاد فى طهر لم تمس فيه ولا عقيب حيضة طلق فيها، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «**طلقت منك بثلاث**»، يريد أن الثلاث تعلقت بها دون ما زاد على ذلك، فإنها لا تعلق بها، وإذا طلقت منه بثلاث، وكان للثلاث تعلق بها وتأثير فى نكاحها فقد انقطعت العصمة بينهما ونفذ ما كان فيها من الطلاق، وبذلك لم يتعلق بها ما زاد على الثلاث، ﴿**فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره**﴾ [البقرة: ٢٣٠]، على ما قدمناه.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «**وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا**»، يريد أنه أتى بها تلاعبًا واستهزاء ومخالفة لما أتت به آيات الله من أن ﴿**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وهى الثالثة عند كثير من العلماء. وممن قال به قتادة.

وقد قال غيره: إن الثالثة قوله عز وجل: ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره**﴾، فإذا كان البارئ تعالى قد نص فى كتابه الكريم على أن الطلاق ثلاث، ثم طلق رجل أكثر من ثلاث، فقد خالف كتاب الله، وقصد الاستهزاء والتلاعب، والله أعلم.

١١٣٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلا جَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، فَقَالَ: إِنِّى طَلَّقْتُ امْرَأَتِى ثمان تَطْلِيقَاتٍ، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: مَاذَا قِيلَ لَكَ؟ قَالَ: قِيلَ لِى إِنَّهَا قَدْ بَانَتْ مِنِّى، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: صَدَقُوا مَنْ طَلَّقَ كَمَا أَمَرَهُ اللَّهُ، فَقَدْ بَيَّنَ اللَّهُ لَهُ، وَمَنْ لَبَسَ عَلَى نَفْسِهِ لَبْسًا جَعَلْنَا لَبْسَهُ بِهِ، لا تَلْبِسُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ، وَنَتَحَمَّلُهُ عَنْكُمْ، هُوَ كَمَا يَقُولُونَ.

الشرح: قول عبد الله بن مسعود، رضى الله عنه: «**ماذا قيل للسائل عن طلاقه ثمانيا**»، يحتمل أن يكون ليرى أقوال الناس فى ذلك ويعلم اتفاقهم من اختلافهم، وربما كان للمفتى فى ذلك شىء إلى أمر أغفله.

وإن وجد العلماء قد خالفوا ما ظهر إليه، حمله ذلك على إعادة النظر والزيادة فى الاجتهاد والتثبت، وإن رأى الفقهاء قد وافقوا رأيه، قوى فى نفسه وظهر إليه، وشكر الله تعالى على ما أعانه عليه وأظهر الموافقة والتصحيح لقول العلماء، ولذلك قال عبد الله بن مسعود: «**صدقوا**»، فأظهر تصديقهم وموافقتهم.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «**من طلق كما أمره الله فقد بين الله له**»، يريد أن سنن الطلاق بينة قد بينها الله عز وجل فى كتابه، لا يحتاج العامل بها ولا المفتى فيها إلى بحث ولا نظر ولا اجتهاد.

فمن أطاع الله تعالى فى طلاقه، وأوقعه على حسب ما أمره به، فهو بين واضح إن كان ممن يقرأ القرآن بان له من نصه، وإن كان ممن لا يقرأ أو لا يفهمه سأل عن ذلك، فأخبر عن أمر واضح بين لا يحتمل الزيادة ولا النقص.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «**ومن لبس على نفسه لبسا عليه، أى جعلنا لبسه به**»، يريد أنه من تعدى الواضح من أمر الله تعالى فى الطلاق، فقد لبس على نفسه، ودخل فى أمر ملتبس مشتبه يحتاج المفتى فيه إلى البحث والاجتهاد، ولا يتضح له مع ذلك الحكم كوضوح المنصوص عليه، فيجعل لبسه به ويغلظ عليه وذلك من وجهين:

أحدهما: أنه متى ترددت الأدلة بين التحريم والإباحة، ولم يكن وجه الحكم بينًا، غلب التحريم والمنع. والثانى: أن الطلاق المباح هو الذى يقتضى التحقيق، فمن خالفه

١١٣٩ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٣٥/٧. عبد الرزاق فى المصنف ٣٩٤/٦. ابن حزم فى المحلى ١٧٢/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٠.

إلى الطلاق الممنوع المحرم، اقتضى التغليظ عليه، والتغليظ فى الطلاق معناه الإلزام.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «**لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون**»، يريد أن من طلق على غير ما أمره الله به، ولبس على نفسه، فإن المفتى لا يحتمل له ما اشتبه عليه، ولا يوقع هذا ثلاث تطليقات فى لفظ واحد، فيقول له المفتى: إنها طلقة واحدة حتى يفرقها؛ لأن جمع الطلاق ليس فى كتاب الله تعالى.

وإنما يقتضى ظاهر القرآن تفريقه لقوله تعالى: ﴿**الطلاق مرتان**﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فمن لبس على نفسه بإيقاع الطلاق بلفظة واحدة جعل ذلك بمعنى أنه ألزم الثلاث.

وقد روى مجاهد قال: سئل عبد الله بن عباس عن رجل طلق امرأته ثلاثًا، فتلا: ﴿**وإذا طلقتم النساء**﴾ [البقرة: ٢٣٢]، وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجًا.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فسواء علق الطلاق على جملة المرأة فقال: أنت طالق، أو فلانة طالق، أو على جزء منها، فقال: يدك طالق أو شعرك طالق، وبهذا قال مالك والشافعى.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه الطلاق إلا فى خمسة أعضاء، الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج.

والدليل على ما نقوله أنه جزء متصل بها اتصال خلقة، فوجب وقوع الطلاق عليه كوقوعه على الجملة. أصل ذلك إذا أوقعه على أحد الأعضاء الخمسة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فأى عضو علق به الطلاق لزم، وقد اختلف أصحابنا فى الشعر والكلام، فقال سحنون: تعليق الطلاق أو العتق بالشعر غير لازم، وكذلك الكلام.

ورواه ابن المواز، عن ابن عبد الحكم، قال: وكذلك من قال: سعالك علىَّ حرام، قال: وروى عن أشهب أنه لازم.

ووجه القول الأول أنه مما لا تحله الحياة. ووجه الرواية الثانية أنه مما يقع به الالتذاذ على وجه الاستمتاع، فأشبه الوجه واليدين.

١١٤٠ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِى بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَالَ: الْبَتَّةُ مَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا؟ قَالَ أَبُو بَكْرٍ: فَقُلْتُ لَهُ: كَانَ أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ

١١٤٠ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢١.

يَجْعَلُهَا وَاحِدَةً. فَقَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ: لَوْ كَانَ الطَّلاقُ أَلْفًا مَا أَبْقَتِ الْبَتَّةُ مِنْهَا شَيْئًا، مَنْ قَالَ: الْبَتَّةَ فَقَدْ رَمَى الْغَايَةَ الْقُصْوَى.

الشرح: قول عمر بن عبد العزيز، رضى الله عنه: **«البتة ما يقول الناس فيها؟»**، سؤال لأصحابه، ومن حضر مجلسه من العلماء عما بلغهم من أقوال الصحابة ومن بعدهم من أهل العلم، وقد اختلفوا فى ذلك اختلافًا شديدًا.

وذلك أن المتأخرين من الفقهاء قالوا: إن الطلاق على ضربين، صريح وكناية، فذهب القاضى أبو محمد إلى أن الصريح ما تضمن لفظ الطلاق على أى وجه كان، مثل أن يقول: أنت طالق، وأنت مطلقة، أو قد طلقتك، أو الطلاق له لازم، وما عدا ذلك من ألفاظ الطلاق مما يستعمل فيه، فيه كناية، وبهذا قال أبو حنيفة.

قال القاضى أبو الحسن: صريح الطلاق ألفاظ كثيرة وبعضها أبين من بعض: الطلاق والسراح والفرق والحرام والخلية والبرية. وقال الشافعى: الصريح ثلاثة ألفاظ، وهو ما ورد به القرآن من لفظ الطلاق والسراح والفراق.

ووجه المسألة عندى على مطلق الكلام فيها أن الصريح فى كلام العرب على وجهين، أحدهما: أن يريد بالصريح الخالص الذى يستعمل فى الطلاق دون غيره أو وضع له دون غيره، ولذلك روى فى الحديث هذا صريح الإيمان، أى خالصه.

والوجه الثانى: أن يريد بالصريح البين من قولهم: صرح بالقول إذا بينه، وقصد الإخبار عنه، فإذا قلنا إن معنى الصريح الخالص، فمعنى قولنا: صريح الطلاق أن هذا لفظ وضع لهذا المعنى دون غيره، أو يستعمل فيه دون غيره.

فإن الصريح لفظ الطلاق خاصة؛ لأنه موضوع له دون غيره، ويكون معنى كنايات الطلاق ما وضع له أو لغيره أو يستعمل فى هذا المعنى وفى غيره كلفظ: سرحتك وفارقتك وخليتك وباريتك وبنت منك.

فصل: فإن قلنا إن معنى الصريح البين، فإن الصريح من الطلاق ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيرًا: كفارقتك وسرحتك وخليتك وبنت منك وأنت حرام؛ لأن هذه الألفاظ وإن استعملت فى الطلاق وغيره، إلا أنه قد كثر استعمالها فى الطلاق وعرفت به، فصارت بينة واضحة فى إيقاع الطلاق كالغائط الذى وضع للمطمئن من الأرض، ثم استعمل على وجه المجاز فى إتيان قضاء الحاجة، فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له، وكذلك فى مسألتنا مثله.

فصل: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف أصحابنا فى «البتة»، فروى عن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، أنه قال: هى واحدة. وبه قال أبان بن عثمان.

وقال على بن أبى طالب، رضى الله عنه: هى ثلاث. وروى أيضًا عن عمر، وبه قال الزهرى وعمر بن عبد العزيز.

والدليل على أنها لا تكون إلا ثلاثًا فى المدخول بها ما روى عن عائشة، رضى الله عنها، قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظى إلى النبى ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إنى كنت تحت رفاعة القرظى فطلقنى البتة، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإن ما معه إلا مثل الهدبة، وأخذت هدبة من جلبابها، فقال: «تريدين أن ترجعى إلى رفاعة، لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك»(*).

فوجه الدليل من هذا الحديث أنها قالت: كنت تحت رفاعة القرظى، فطلقنى البتة، ثم أجابها أنها لا ترجع إليه حتى يمسها غيره، وهذا يقتضى أن هذا حكم طلاق البتة، ولو اختلف حكم البتة لما منعها حتى سألها عن أى أنواع البتة كان طلاقه إياها.

ودليلنا من جهة المعنى أن معنى البتة: القطع، وهذا يقتضى قطع العصمة بينهما والمبالغة فى ذلك، ولذلك يقال ما بقى بينهما شىء البتة، يريدون المبالغة فى قطع ما كان بينهما، وإذا كان ذلك معنى هذه اللفظة ومقتضاها، فلا يكون ذلك فى المدخول بها إلا بثلاث.

وأما قبل الثلاث فله الرجعة عليها والميراث بينهما، فلا يوجد فيه معنى البت والقطع لما بينهما. ولذلك قال عمر بن عبد العزيز، رضى الله عنه: **«لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منه شيئًا»**.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: **«من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى»**، يريد أنه من قال: البتة فى طلاقه، فقد بلغ أقصى الغايات فى الطلاق، ومنع التراجع الذى لا توصف الفرقة التى لا تمنعه بالبتة، وهذا المعنى من المبالغة فى ذلك لا يكون إلا بالثلاث.

ويدل على أنه قد رمى الغاية القصوى على ما قاله عمر بن عبد العزيز، رضى الله عنه، أن ذلك مقتضى البتة، وعلى ذلك يستعمل هذه اللفظة الناس فى الطلاق وغيره فى

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٣٩. مسلم حديث رقم ١٤٣٣. الترمذى حديث رقم ١١١٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٨٣، ٣٤٠٩. ابن ماجه حديث رقم ١٩٣٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٣٨.

الجواز والمنع، فيقول القائل: لا أفعل ذلك البتة، ومعناه أنه لا سبيل إلى مخالفة قوله ولا إلى العدول منه بوجه.

وكذلك من قال أنت طالق البتة، معناه طلاقًا لا سبيل فيه إلى مراجعة الزوجية، وذلك لا يكون إلا بالثلاث.

١١٤١ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَانَ يَقْضِي فِي الَّذِي يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ، أَنَّهَا ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ(١).

الشرح: قوله: **«أن مروان بن الحكم كان يقضي في البتة بثلاث»**، يقتضي تكرار هذا القضاء منه، وعلى هذا الوجه يستعمل هذا اللفظ فيمن يكثر منه الفعل.

وإنما استظهر مالك بذلك؛ لأن مروان كان أمير بالمدينة في زمان جماعة من الصحابة وأجلة التابعين وعلمائهم، وكان لا يقضي إلا عن مشورتهم، وبما اتفق عليه جميعهم أو أكثرهم وأعلمهم.

فإذا تكرر قضاؤه في البتة أنها ثلاث، دل ذلك على أنه كان الظاهر من أقوالهم، والمعمول به من مذاهبهم، أو أنه الذي اتفق عليه جميعهم، والله أعلم.

مسألة: وهذا في المدخول بها، فأما غير المدخول بها، فإن نوى الثلاث أو لم ينو شيئًا، فلا خلاف في المذهب أنها ثلاث، وإن نوى واحدة، فهل ينوى أو لا، فيه روايتان.

إحداهما: لا ينوى وتلزمه الثلاث، وبه قال سحنون وابن حبيب، والرواية الثانية أنه

١١٤١ – ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٢٢.

(١) هذا مذهب مالك الذي عليه أصحابه فيمن حلف بطلاق امرأته البتة أنها ثلاث، لا تحل له إلا بعد زوج. وهي مسألة اختلف فيها السلف والخلف: قال أبو حنيفة وأصحابه إلا زفر: إن نوى بالبتة ثلاثًا فهو ثلاث، وإن نوى واحدة، فهي واحدة بائنة، وإن نوى اثنتين فواحدة بائنة. وهو قول الثوري. وقال زفر: إن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن نوى اثنتين فاثنتان، وإن نوى واحدة فهي واحدة. واختلف فيها عن الأوزاعي: فروى عنه واحدة بائنة. وروى عنه ثلاث. وقال الشافعي في الحالف بالبتة: إن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن نوى اثنتين أو واحدة فطلاقه رجعي.
انظر: الاستذكار ٢٢/١٧. الشرح الصغير ٥٦٠/٢. المهذب ٨٤/٢. غاية المنتهى ١٢٧/٣. الدر المختار ٦١٧/٢.

ينوى، وبها قال مالك، فالرواية الأولى مبنية على أن البتة لا تتبعض ولا يصح الاستثناء منها، وهو معنى قول أصبغ فى العتبية ونص عليه سحنون فى المجموعة.

والرواية الثانية مبنية على أنها تتبعض، ويصح الاستثناء منها، وقد روى عنه فى العتبية، ورواه سحنون، عن العتبى، وعلى هذا الاختلاف يجب أن يجرى القول فى الخلع، وكل طلاق لا تتعقبه رجعة يوقعه الزوج باختياره، والله أعلم.

مسألة: إذا قلنا إنه ينوى فى غير المدخول بها، فإنه يحلف أنه ما أراد إلا واحدة فى البتة، والبائنة والخلية والبرية. قال سحنون: إنما يحلف إذا أراد نكاحها، وليس عليه يمين، قبل إرادة النكاح، ونحوه قال ابن الماجشون.

ووجه ذلك أنه لا معنى ليمينه قبل ذلك الوقت، وإنما يحتاج إليه عند النكاح لما يريد من استباحتها، فيحلف ليتوصل بذلك إلى استباحتها، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى الخلية والبرية وما أشبه ذلك

١١٤٢ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ كُتِبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ مِنَ الْعِرَاقِ أَنَّ رَجُلا قَالَ لامْرَأَتِهِ: حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، فَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِلَى عَامِلِهِ أَنْ مُرْهُ يُوَافِينِى بِمَكَّةَ فِى الْمَوْسِمِ، فَبَيْنَمَا عُمَرُ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ؛ إِذْ لَقِيَهُ الرَّجُلُ، فَسَلَّمَ عَلَيْهِ، فَقَالَ عُمَرُ: مَنْ أَنْتَ؟ فَقَالَ: أَنَا الَّذِى أَمَرْتَ أَنْ أُجْلَبَ عَلَيْكَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَسْأَلُكَ بِرَبِّ هَذِهِ الْبَنِيَّةِ مَا أَرَدْتَ بِقَوْلِكَ حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: لَوِ اسْتَحْلَفْتَنِى فِى غَيْرِ هَذَا الْمَكَانِ مَا صَدَقْتُكَ، أَرَدْتُ بِذَلِكَ الْفِرَاقَ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: هُوَ مَا أَرَدْتَ.

الشرح: قوله: **«أنه كتب إلى عمر بن الخطاب من العراق»**، على حسب ما يلزم من مطالعة رأى الإمام العليم بما يقع للناس من المسائل التى لم يتقدم فيها قول أو تقدم فيها الخلاف، وفيها إشكال، ولم تقرر أحكامها بعد، ولا اتضح وجه الحكم فيها.

فكتب إلى عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، من العراق فى الرجل الذى قال لامرأته:

١١٤٢ - أخرجه البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١١/١٤٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٣.

حبلك على غاربك، وكتب عمر بن الخطاب إلى عامله يأمره أن يوافيه فى الموسم.

وهذا مما يجب على المفتى والناظر فى أمور المسلمين أن يفعله إذا أشكلت عليه مسألة أن يشخص من نزلت به، ويسائله ويناجيه عن فصولها والمعانى التى يتعلق الحكم بها ويختلف باختلافها، فإنه أقرب له إلى أن يتبين من قوله ما يستعين به على فهم مسألة أو يعظه ليقر بجميعها ولا يكتم شيئًا منها.

ولعل عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، إنما وقّت له الموسم؛ لأنه أيسر على القاصد فى وروده وانصرافه، ويضيف إلى ذلك عمل الحج وتحصيل عبادة فى الموسم أن تيسر ذلك له، ولو أشخصه إلى موضع آخر لم يحصل له من ذلك ما يحصل لمن يقصد مكة.

ويحتمل أيضًا أنه قصد المبالغة فى وعظه واستخبار جلية ما عنده باستحلافه على ذلك عند البيت لما يتعين من تعظيم المسلمين له.

فصل: وقوله: «**فبينما عمر يطوف بالبيت إذا لقيه رجل، فسلم عليه**»، طاعة له وامتثالاً لأمره بأن يوافيه فى الموسم، فلما أنكر عمر، رضى الله عنه، قصده إياه بالسلام على وجه ما يفعله من قصده وأراد مكالمته وإعلامه بنفسه، قال له: «**من أنت**»، فأعلمه بأنه الرجل الذى أمر أن يوافيه فى الموسم.

فصل: وقول عمر، رضى الله عنه: «**أسألك برب هذه البنية**»، هكذا رواه قوم: البنية، وهو اسم واقع على كل مبتنى لكنه خص البيت بالإشارة إليه، كما قال: ورب هذا البناء، وروى: برب هذه البنية، على مثل فعلية. قال ابن السكيت: البنية: الكعبة، يقال: لا ورب هذه البنية ما كان كذا وكذا.

وقوله، رضى الله عنه: «**ما أردت بقولك: حبلك على غاربك**» لما علم من تعظيم المسلمين للبيت وصدق كثير ممن يستبيح الكذب فى غير ذلك الموضع إذا استحلف فيه، فقال الرجل: «**لو استحلفتنى فى غير هذا المكان ما صدقتك**»، إخبار عن تعظيمه للقسم فى هذا الموضع، وأنه يلتزم من البر فى حلفه عنده ما لا يلتزم فى غيره، ولعله كان يمنعه من صدقه ندمه على الطلاق، وفرط محبته لمن طلق.

ثم قال له: «**أردت بها الفراق**»، فقال له عمر بن الخطاب، رضى الله عنه: «**هو ما أردت**»، يريد أنه ألزمه الفراق وحكم به عليه، ولم يبين فى الحديث مقدارًا، أهو طلقة واحدة رجعية أو طلقة واحدة لا رجعة فيها؟؛ لأنه آخر ما بقى له فيها أو ثلاث تطليقات.

ولفظ الفرقة عند مالك: ثلاث لا ينوى فى المدخول بها. رواه أشهب، عن مالك فى العتبية، قال: فإن لم يدخل بها، فعسى أن تكون واحدة، ولو ثبت عندى أن عمر، رضى الله عنه، قال: ينوى، ما خالفته.

وقد قال بعض أصحابنا العراقيين: يحتمل ما جاء عن عمر، رضى الله عنه، فى التى لم يدخل بها، ولم يذكر فى الحديث، بنى بها أو لم ين، فهو محتمل.

وهذا يقتضى أنه حمل قول عمر، رضى الله عنه، فى الفرقة على أنها واحدة، وقول مالك: لو ثبت عندى أنه نواه ما خالفته، يحتمل معنيين، أحدهما: أنه من أهل اللغة وهو أعلم بما يقتضيه هذا اللفظ.

فإن كان هذا اللفظ يقتضى عنده أن ينوى لما خالفه العرب؛ لأن العرب لا تخالف فى اللغة، لاسيما ما يقترن بذلك من علم عمر، رضى الله عنه، ودينه وفقهه.

والمعنى الثانى: أن يكون الأمر فيه بعض الإشكال، ولا يترجح بين أن ينويه أو لا ينويه، ويترجح عنده الآن أنه لا ينويه فى الدخول بها، فلو صح عنده أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، نواه فى مثل هذه القصة التى قد شاعت لترجح عنده هذا القول.

وظاهر قصة عمر عندى يقتضى أنها كانت فيمن لم يبق له إلا طلقة واحدة، أو فيمن كان له فيها جميع الطلاق، فألزم الثلاث. وذلك مقتضى مذهب مالك فيمن قال لامرأته: **«حبلك على غاربك»**.

ووجه ذلك أن الحبل هو الذى كان بيد الزوج منها، وذلك كناية عن عصمة الزوجة وملكه لها، فإذا قال لها: **«حبلك على غاربك»**، فقد أقر بخروجه عن يده وكونه بيدها.

وذلك يقتضى أن يكون طلاقه لا رجعة فيه؛ لأنه إن كان له فيها رجعة، فليس حبلها على غاربها، بل هو بيده، ويرتجعها متى شاء، وخروج الملك من يد الزوج حين إيقاعه لا يكون إلا بالثلاثة وبآخر الطلاق.

وقال أبو بكر بن الأنبارى: الغارب من البعير أسفل السنام، وهو ما انحدر من العنق.

وقال أبو العباس: كانت العرب فى الجاهلية يطلقون نساءهم بهذا الكلام، ومعناه: أمرك فى يدك فاصنعى ما شئت، فقد انقطع سببك من سببى.

فصل: وظاهر قول الرجل: **«لو استحلفتنى فى غير هذا المكان ما صدقتك»**، يدل

على البينونة وانقطاع ما بينهما، ولو كان إنما ألزم طلقة له بعدها رجعة لكان التزامها أسهل عليه من أن يشخص من العراق يستحلف عند البيت عما أراد، ويصرح عن نفسه بأنه لو استحلف فى غير هذا الموضع ما صدق.

فصل: وأما استحلاف عمر، رضى الله عنه، إياه، فليس على معنى استحلاف من ينوى أنه ما أراد إلا واحدة؛ لأن ذلك لا يستحلف إلا إذا أراد ارتجاعها، وإنما استحلافه على معنى الاستحلاف للإقرار بالحق.

فإن أقر به أمضاه عليه بإقراره، وإن أنكره وحلف على ذلك لم يعرج على يمينه ولا قضى بها ونظر إلى ما يلزمه فى صريح الحق، ولذلك لم يجاوب الحالف بأنه أراد واحدة أو اثنتين، وإنما أجابه بأنه أراد الطلاق.

وقد يلزم المفتى أن يفعل مثل هذا بالمستفتى فى الحلال والحرام أن يعظه ويذكره ويعظم عليه حقوق الله تعالى ومحارمه ليستدعى بذلك إقراره بالحق.

فإن أقر بالحق سهل بذلك عليه طريق الفتوى، وكان ذلك أقوى للمسألة فى نفسه، وإن تمادى على الإنكار أفتى عليه بما يؤديه إليه اجتهاده، والله أعلم.

١١٤٣ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ كَانَ يَقُولُ: فِي الرَّجُلِ يَقُولُ: لامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ: إِنَّهَا ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ[1].

١١٤٣ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٦/٤٠٣. والمغنى ٧/١٥٥. ابن حزم فى المحلى ١٠/١٢٤. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٤.

(١) للعلماء في قول الرجل لزوجته أنت عليّ حرام ثمانية أقوال أشدها قول مالك. وهو قول علي وزيد بن ثابت، وبه قال الحسن البصرى والحكم بن عتبة، وإليه ذهب ابن أبى ليلى، قال: هى ثلاث، ولا أسأله عن نيته. وهو قول مالك فى المدخول بها، وينويه فى التى لم يدخل بها. والقول الثانى فى قاله سفيان الثورى وطائفة، إن نوى بقوله لامرأته: أنت عليَّ حرام ثلاثا، فهى حرام ثلاث، وإن نوى واحدة فهى واحدة بائنة وإن نوى يمينا فهو يمين يكفرها، وإن لم ينو فرقة ولا يمينا فليس بشىء هى كذبة. القول الثالث: قاله الأوزاعى: هو ما نوى، فإن لم ينو شيئاً فهى يمين يكفرها. القول الرابع: ما قاله الشافعى، قال: ليس قوله أنت عليّ حرام بطلاق حتى ينوى به الطلاق حتى ينوى به الطلاق فإن نوى به الطلاق فهو على ما أراد من عدده، فإن أراد واحدة فهى رجعية، وإن أراد تحريمها بغير طلاق مغليه كفارة يمين وليس بمؤل. القول الخامس: قاله أبو=

قوله، رضى الله عنه، فى الحرام: **«أنها ثلاث تطليقات»**، هو قول زيد بن ثابت. وقد روى أن على بن أبى طالب، رضى الله عنه، قضى بها فى عدى بن قيس الكلابى، وقال له: والذى نفسى بيده لئن مسستها قبل أن تتزوج غيرك لأرجمنك.

وهذا الذى ذهب إليه مالك أنها فى المدخول بها ثلاث، نوى واحدة أو ثلاثًا، وإن زعم أنه لم ينو طلاقًا لم يصدق.

وقال الشافعى: لا يكون طلاقًا حتى ينوى الطلاق، فيكون منه ما أراد من واحدة أو ثلاث، وإن أراد تحريمها من غير طلاق، فعليه كفارة يمين وليس بمول.

والدليل على ما نقوله أن هذا لفظ جرى عرف الاستعمال له على وجه الطلاق، فوجب أن يكون طلاقًا.

أصل ذلك لفظ الطلاق، ولا تجب به كفارة يمين؛ لأنه لفظ مفسر عرا عن القربة واليمين، فلم تجب به كفارة يمين. أصل ذلك لفظ الطلاق.

ودليل آخر، وهو أن هذا لفظ طلاق، فلم تجب به كفارة يمين على الإطلاق، وأصل ذلك لفظ الطلاق.

مسألة: فإن قال: نويت واحدة، فقد تقدم من قول مالك أنه لا ينوى فى المدخول بها ويلزمه الثلاث. وقال الثورى والأوزاعى والشافعى إن نوى واحدة، فهى واحدة.

والدليل على ما نقوله أن الواحدة لا تحرمها بل له ارتجاعها، وإنما تحرمها الثلاث، فإذا كان اللفظ الذى هو التحريم إنما يقتضى معنى الثلاث حمل على ذلك ولم يصدق فى قوله: أردت الواحدة، وهى لا تحرمها، وذلك أن لفظ التحريم إنما يقتضى قطع العصمة وتحريم الزوجية بينهما، وذلك لا يكون فى المدخول بها إلا بالثلاث.

ولذلك يقال فى ذوات المحارم: هى محرمة عليه وهى لا تحل له، والمراد بذلك أنه لا

=حنيفة وأصحابه، قال: إن نوى الطلاق فهى واحدة بائنة: إلا أن ينوى ثلاثًا، فإن نوى ثلاثا فهى ثلاث وإن نوى اثنتين فهى واحدة، وإن لم ينو طلاقها فهى يمين، وهو مؤل. وإن نوى الكذب، فليس بشىء. القول السادس: قاله إسحاق وغيره قبله، قالوا: من قال لامرأته أنت علىّ حرام، لزمه كفارة الظهار ولم يطألها حتى يكفر. القول السابع: قاله جماعة من التابعين وغيرهم، قالوا فى الحرام: هى يمين يكفرها ما يكفر اليمين، إلا أن غيرهم قال: هى يمين مغلظة. القول الثامن: أن تحريم المرأة كتحريم الماء، ليس بشىء، ولا فيه كفارة ولا طلاق.
انظر: الاستذكار لابن عبد البر ٣٦/١٧ وما بعدها.

يحل أن يكون بينهما زوجية يدل على ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال فى بنت أبى سلمة: «إنها لو لم تكن ربيبتى فى حجرى لم تحل لى إنها لابنة أخى من الرضاعة أرضعتنى وإياها ثويبة»(*).

ومما يدل على لفظ التحريم مقتضاه تحريم الزوجية أو تحريم عقد النكاح، ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال فى غير المدخول بها: أن الطلقة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها، فدل ذلك على أن معنى التحريم منع عقد النكاح، وذلك لا يكون إلا بالثلاث.

ولو أراد تحريم الوطء لكان معناه معنى البينونة الواقعة فى غير المدخول بها بالطلقة الواحدة. وقد روى مثل هذا عن أبى هريرة وابن عباس وهم من أهل اللسان، فإن قيل فإنه يقال: وطؤها عليه حرام، والمطلقة الرجعية عندكم وطؤها حرام، فيصح أن يريد ذلك بقوله: **«أنت علىَّ حرام»**.

فالجواب أن هذا غير صحيح؛ لأنه إنما يقال: وطؤها علىَّ حرام، إذا عين الوطء. وأما إذا علق التحريم عليها، فلا يصح أن يراد به إلا التحريم المعروف، ولذلك لا يقال فى الحائض والمحرمة والصائمة هى من ذوى محارمه، ولا هى عليه حرام، ويقال: وطؤها عليه حرام.

ووجه آخر، وهو أن قوله: **«أنت علىَّ حرام»**، إنما يقتضى أنها حرام عليه حين نطقه بذلك، والرجعية ليست بحرام؛ لأن استباحتها إليه، ومن ملك استباحة شىء لم يوصف بأنه حرام عليه.

ولذلك لا يقال فى الإنسان ملك غيره، حرام عليه؛ لما كان أخذه مباحًا له، وإن كان لا يملكه قبل أخذه، ولا يصح أن يصف ناقته ولا شاته بأن لحمها محرم عليه، وإن كان لا يجوز له أن يأكلها إلا بعد الذبح، وأمره موقوف على اختياره وتوصف الميتة بأن لحمها حرام عليه.

فرع: فإذا قلنا إن لفظ التحريم يقتضى ذلك، فإنه يقتضى فى ذوات المحارم التحريم المؤبد؛ لأن معنى التحريم إنما يقتضى تحريمها على الحال التى هى عليها يوم النطق به، وهى عارية عن الزوجية، فاقتضى وصفها بأنها حرام، تحريم عقد النكاح عليها

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥١٠١، ٥٣٧٢. مسلم حديث رقم ١٤٤٩. النسائى حديث رقم ٣٢٨٤.

واستباحتها به؛ لأن بذلك تتميز ممن ليست بحرام ممن هى على صفتها فى التعرى من الزوجية.

وأما الزوجية، فإن إطلاق هذا اللفظ فيها يقتضى أحد أمرين، إما أنه لا يحل له عقد نكاح عليها، وهذا يقتضى إيقاع الثلاث فى المدخول بها وغيرها، والثانى أن هذا التحريم متعلق بما أباحته الزوجية له، وما ملكته إياه من ملك العصمة والوطء وضروب الاستمتاع والتوارث بحق النسب وثبوت أحكام الزوجية من ملك الطلاق والظهار والإيلاء واللعان والرجعة ووجوب النفقة عليها، وهذا يحصل فى غير المدخول بها بالواحدة.

وأما فى المدخول بها، فلا يحصل ذلك إلا بإيقاع ما يملك فيها من الطلاق ولا يصح أن يراد بذلك تحريم الوطء لما قدمناه من أنه لا يوصف بالتحريم ما يملك استباحته متى شاء.

ويحتمل أن يصرف هذا اللفظ إلى ذلك، إلا أن هذا أظهر فيما ذكرناه، وإذا كان فيه أظهر، وجب أن يحمل عليه، لاسيما إذا قال: لم أبق عددًا من الطلاق.

فرع: وأما غير المدخول بها، فإن مالكًا ينويه، وقوله: أردت واحدة، ويحمله على الثلاث إذا لم ينو عددًا؛ لأنها تحرم بالواحدة بخلاف المدخول بها، وهذا على ما تقدم من أن تعليق التحريم عليها إنما ينصرف إلى تحريم ما استباحه بالنكاح منها، وذلك يكون فى غير المدخول بها بالطلقة الواحدة.

وقد رأيت لبعض أصحابنا: أن الحرام فى غير المدخول بها لا يكون ثلاثًا، ولا ينوى فى ذلك كالمدخول بها.

وعلى هذا يحمل قوله: **«أنت علىَّ حرام»** على أنه يقتضى أن تحريم عقد النكاح عليها كتحريم ذوات المحارم، فيلزم هذا التحريم بالقول، ويزول بدخول الزوج بعده، ولا يزول تحريم ذوات المحارم؛ لأنه ثابت بالشرع.

فعلى هذا يلزم فى غير المدخول بها الثلاث، وإن زعم أنه نوى واحدة؛ لأن التحريم الذى يلزم بالطلاق الثلاث ليس هو التحريم الذى يلزم بالواحدة فى غير المدخول بها؛ لأن ذلك تحريم يزيله عقد النكاح، وتحريم الثلاث لا يزيله عقد النكاح، وإن كانت خالية من زوج.

فرع: فإذا قلنا ينوى فى غير المدخول بها ولا ينوى فى المدخول بها، فلو حلف قبل البناء وحنث بعده، ففى كتاب ابن سحنون: من حلف بالحلال عليه حرام قبل البناء وحنث بعده ونوى واحدة، وقامت بينة بالحنث بعد البناء لا ينوى؛ لأنه يوم الحنث ممن لا ينوى.

ووجه ذلك أن اليمين إنما تنعقد ويقع الطلاق بها يوم الحنث، فيجب أن يراعى صفة ما يلزمه من الطلاق ذلك اليوم.

قال ابن سحنون: وقد قال بعض أصحابنا: إلا أن تعلم ذلك منه بالبينة قبل البناء، فلا يلزمه إلا طلقة، وله الرجعة.

وقال سحنون: إذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخلية أو البرية، ثم حنث بعد البناء، فقال: نويت واحدة، فله ذلك، وله الرجعة.

ووجهه أن الاعتبار باليمين يوم أوقعت لا يوم الحنث. بدليل أنه إن كان يوم اليمين بصفة من لا يلزمه اليمين، لم يلزم يمينه، وإن كان يوم الحنث بصفة من تلزمه، ولو كان يوم اليمين بصفة من تلزمه الأيمان، وكان يوم الحنث بصفة من لا تلزمه اليمين لذهاب عقله أو غيره، لزمته اليمين.

١١٤٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ فِى الْخَلِيَّةِ وَالْبَرِيَّةِ: إِنَّهَا ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: **«فى الخلية والبرية أنها ثلاث تطليقات»**، هذا المشهور من مذهب مالك، رحمه الله، وبه قال على بن أبى طالب وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت، رضى الله عنهم، ولم ينوه مالك فى المدخول بها.

وقد روى أبو الفرج، عن أشهب، عن مالك فى الخلية والبرية أنه ينوى فى المدخول بها. وقال الشافعى: هى ما نوى أقل من ثلاثة، فهى رجعية، وهو نحو رواية أشهب. وقال أبو حنيفة فى الخلية والبرية والبائن: إذا أراد طلاقًا، فواحدة بائن.

والدليل على ما نقوله من لزوم الثلاث أن معنى الخلية التى خلت من الأزواج، ولذلك لا يستعمل فى الرجعية؛ لأن الرجعية ذات زوج، وكذلك معنى البرية التى برئت

١١٤٤ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٣٥٩/٦. سعيد بن منصور فى سننه ٢٩١/٣. ابن حزم فى المحلى ١٩٣/١٠. المغنى ١٢٨/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٥.

من عصمة الزوجية؛ لأن كلام الزوج راجع إلى ذلك؛ لأنه لم يطلبها بدين فيرجع قوله: برية، إليه.

وإذا كان مقتضى اللفظ إزالة العصمة، وذلك لا يكون فى المدخول بها إلا بالثلاث وجب أن يحمل عليه.

ووجه قول أشهب أن يريد بقوله: خلية وبرية، أنها قد خلت من الزوجية التى تملك بعقد النكاح، وبرئت منها؛ لأنه اليوم لا يملك منها ما كان يملكه بالزوجية مع أن هذا اللفظ جار إلى البينونة بانقضاء العدة.

فإذا احتمل ذلك جاز أن يحمل عليه ويصدق فيه، وهذا بعيد فى معنى اللفظ أن المطلقة الرجعية لم تبن عن عصمة الزوج؛ لأنه يملك إجبارها على الزوجية وأحكام الزوجية كلها ثابتة بينهما.

وإذا قلنا برواية أشهب، يحتمل أن يريد به واحدة بائنة، ويحتمل أن يريد به رجعية، والأظهر من معنى اللفظ أن تكون بائنة؛ لأن الرجعية لم تبرأ من الزوجية ولا خلت منها.

وقد اختلف أصحابنا فى وقوع الواحدة البائنة فى المدخول بها، فروى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم فى الذى يقول لامرأته: أنت طالق، طلاق الخلع، أنها واحدة بائنة. وكذلك إن قال: خالعت امرأتى أو بارأتها أو افتدت منى، وكذلك إن قال: صالحت امرأتى، أخذ منها عوضًا أو لم يأخذ، فهى طلقة بائنة أو هى مبارئة.

وقال مطرف فى الذى يقول لها: أنت طالق، طلاق الصلح: هى طلقة رجعية، ولا يكون طلاق الصلح إلا بعطية. وقال ابن الماجشون: هى البتة، وبه قال أشهب وسحنون.

فوجه القول بأنها واحدة بائنة، أنه وصف الطلاق بصفة يقع الطلاق عليها منه واحدة بائنة بأن أضافه إلى خلع أو صلح أو مفاداة أو مبارأة لما استعمل فى ذلك لفظ المفاعلة التى ظاهرها أن تكون من اثنين، فكأنه أبرأها من عصمته لما أبرأته من حقوقها عليه.

وما كان بهذه الصفة يكون طلقة بائنة، فكذلك ما وصف لها، فجعل هذا الحكم لنفس الطلاق على هذا الوجه لا للعوض فى الصلح والخلع.

ووجه قول مطرف أنه لما كان هذا النوع كله من الفرقة إنما يقتضى بإطلاقه طلقة واحدة. ووصف به طلاقه اقتضى طلقة واحدة، فأما منع الرجعية فى الخلع والصلح وما أشبههما، فإنما كان للعوض الذى أخذ، فلما عرا هذا الطلاق من العوض، لم يمنع الرجعة.

ووجه قول ابن الماجشون أن ما وصف به طلاقه، اقتضى البينونة ومنع الرجعة، ولما كان ذلك لا يحصل إلا بالثلاث، حمل طلاقه على الثلاث.

فرع: وما قدمناه من الخلاف يثبت فى «باريت»، ولم يذكر أحد من أصحابنا فى «برية» إلا الرواية التى ذكرناها عن أشهب، ويحتمل أن تلحق «برية» على هذه الرواية بما قدمناه.

ويحتمل أن يفرق بينهما بأن باريت فيه معنى الصلح، وأما برية فليس فيه معنى الصلح الذى يثبت البينونة الواحدة، وإنما يقتضى أن تكون واحدة رجعية أو ثلاثة تمنع الرجعة باستيفاء عدد الطلاق.

مسألة: وأما قوله: «**خليتك**»، فإن قال: لم أرد طلاقًا، استحلف على ذلك وقبل منه، ومنع هذا فى: خلت سبيلك؛ لأن استعمال هذا فى غير الطلاق أكثر من خليت سبيلك، قاله ابن المواز.

وإن قال: أردت الطلاق ولم ينو شيئًا، فقال ابن حبيب: هى مثل خليت سبيلك وفارقتك وسرحتك ثلاثًا، فى المدخول بها حتى ينوى أقل من ذلك فيحلف، وقاله محمد بن المواز. وقال: إن لم تكن له نية أو لم يحلف فهى ثلاث.

ووجه ذلك أن معنى اللفظ يقتضى ما قاله من أن يكون قد خلى سبيلها الذى كان له عليها والرجعية لم يخل سبيلها بل هى فى حكمه بأنه قد خلى سبيلها.

فرق: والفرق على هذا القول بينهما وبين «حرام وبائن وبتة وبتلة وخلية وبرية»، وإن كان المعنى واحدًا، إلا أن استعمال هذه الألفاظ فى غير الطلاق، وفى الطلقة الواحدة على ضرب من الاتساع فى الكلام أكثر من استعمال الحرام والبائن والبرية والخلية فيه، فإن هذه الألفاظ مع اقتضائها معنى الثلاث لا تكاد تستعمل إلا على هذا الوجه.

وللاستعمال تأثير فى تحقيق معانى الألفاظ كما له تأثر فى اقتضاء الألفاظ غير ما

وضعت له من المعانى، وهذا على المشهور من قول مالك. وأما على رواية أبى الفرج عن أشهب: أنه ينويه فى الخلية والبرية، فلا فرق بينهما، والله أعلم.

مسألة: وأما قوله: «**فارقتك**»، فإن قال: لم أرد طلاقا، فقد روى ابن المواز، عن ابن القاسم: ذلك له ويحلف.

ووجه ذلك أن هذا اللفظ يستعمل كثيرًا ويتردد فى المفارقة إلى السفر والخروج وغير ذلك، فجاز أن يحمل عليه إذا ادعاه، ولذلك قال محمد بن المواز فيما يشبه هذا ما لم يكن جوابًا لسؤالها الطلاق.

فرع: فأما إن قال: أردت الطلاق بقولى، فإن شك، فقد روى ابن المواز عن مالك: أنه ينوى فى المدخول بها، فإن لم تكن له نية، فهى ثلاث، وفى غير المدخول بها، إن لم يكن له نية، فهى واحدة، رواه عيسى، عن ابن القاسم، وروى ابن المواز، عن مالك أيضًا أنها ثلاث إن لم ينو شيئًا.

وجه القول الأول ما احتج به مالك فى المدونة من قوله تعالى: ﴿**وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته**﴾ [النساء: ١٣٠]. وقوله تعالى: ﴿**فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف**﴾ [الطلاق: ٢]، ولا خلاف أنه إنما أراد المفارقة بالواحدة بهذا اللفظ بل لا يجوز أن يريد الثلاث؛ لأنها ليست من المفارقة بالمعروف.

ووجه القول الثانى أن لفظ المفارقة يقتضى البينونة، قال الله تعالى: ﴿**وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة**﴾ [البينة: ٤]، والرجعية لا تصح منها هذه الفرقة؛ لأنها لا تملك مفارقة الزوج.

فرع: فإذا قلنا ينوى فى المدخول بها، فإنها إن لم ينو شيئًا كانت ثلاثًا، وإنما فرق بين الدخول وبين غيره إن لم ينو، فجعلها واحدة فى غير المدخول بها، وثلاثًا فى المدخول بها لما تقدم من أن للدخول تأثيرًا فى تغليظ الطلاق لما قدمناه من أن معنى الفرقة يوجد فى غير المدخول بها بواحدة، ولا يوجد فى المدخول بها إلا الثلاث.

وقد روى أشهب فى: سرحتك، مثل هذا وأنها واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك، وقال: إنه القياس.

مسألة: وأما قوله: «**سرحتك**»، فإن قال: لم أرد به الطلاق، فقد روى ابن المواز أنه يقبل منه، ويحلف، إلا أن يكون ذلك جوابًا لسؤالها الطلاق. ووجه ذلك ما قدمناه فى «**فارقتك**».

وإن قال: أردت الطلاق واحدة، فقد روى عن أشهب أنه قال: له نيته ويحلف، وقال: هى واحدة، حتى يريد أكثر من ذلك. وهذا يقتضى تصديقه دون يمين. وروى عنه أنه قال: هى ثلاث ولا ينوى.

وجه القول الأول أنه لما كان اللفظ قد يستعمل فى الواحدة ومعناه يقتضى الثلاث فى المدخول بها، قبل منه أنه نوى ما قد يستعمل فيه وأحلف أنه لم يرد ما يقتضيه اللفظ.

ووجه القول الثانى أنه لما كان اللفظ يستعمل فى الواحدة، وفى الثلاث كان كلفظ الطلاق يقبل منه ما ادعاه من ذلك.

ووجه القول الثالث أن معنى التسريح الطلاق، ولذلك يقال: سرحت الدابة، إذا أزلت عنها ما يمنعها الذهاب، فكذلك فى الزوجة يقتضى أنك أزلت عنها ما يمنعها التصرف على اختيارها.

ويقتضى ذلك أن لا يملك صرفها إلى الزوجة، وهذا المعنى معدوم فى الرجعية، فحمل على الثلاث، فإن قيل هذا يلزمكم فى لفظ الطلاق، فإنه يفهم منه إطلاق الزوجة من حكم الزوجية، وهذا لا يصح مع بقاء الرجعة.

فالجواب أنا لا نسلم أن معنى التطليق يقتضى ذلك؛ لأن لفظة الطلاق موضوعة لهذا المعنى، وليست مأخوذة من الإطلاق، ولا من الانطلاق، وإنما وضعت لهذا المعنى على وجه يحتمل عندنا الطلقة الواحدة، وأكثر منها، ولذلك لا يختلف أنها صريح فى الطلاق عندنا على أحد الوجهين وعند أبى حنيفة أنه لا صريح غيرها.

وقال أبو حنيفة: إنه إن نوى بها الثلاث، لم تكن له إلا واحدة بخلاف غيرها من ألفاظ الطلاق، وعند أبى حنيفة والشافعى أن «خلية وبرية وبائنًا وحرامًا» من كنايات الطلاق، وهذا يفيد أنها منقولة إلى الطلاق عما وضعت له، فوجب أن يعتبر فيها المعنى الذى وضعت له من التحريم والبينونة والإبراء والخلو، وذلك كله يقتضى زوال الملك، فلا يلزمنا ما قلتم.

فرع: فإذا قلنا فى «سرحتك» أنها واحدة إن نوى، فإن لم ينو شيئًا، فقد قال أشهب: هى واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك. وروى عيسى، عن ابن القاسم أنها فى المدخول بها ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك، فله نيته ويحلف، وفى التى لم يبن بها، واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك، وقاله مالك.

وجه قول أشهب أنه طلاق يصح أن يكون واحدة مع البتة، فوجب أن تكون واحدة دون البتة. أصل ذلك ما قبل الدخول.

ووجه قول ابن القاسم ما تقدم فى قوله: **«فارقتك»**، وقد روى عن ابن القاسم أنه قال: فى «سرحتك» بعض الضعف، والقياس أن ذلك كله سواء، هى واحدة فى ذلك كله حتى يريد أكثر.

مسألة: وأما قوله: **«خليت سبيلك»**، فقد روى ابن القاسم أنه إن قال: لم أرد طلاقًا لم يقبل ذلك منه بخلاف «فارقتك وخليتك»، فإنه يقبل منه أنه لم يرد طلاقًا، والفرق بينهما أن «خليت سبيلك» لا يكاد يستعمل إلا فى الطلاق، ولو كان قبله ما يقتضيه لوجب أن يقبل منه.

فإن قال: أردت الطلاق ولم أنو عددًا، فقد روى ابن وهب، عن مالك: هى واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك، وبه قال ابن عبد الحكم. وقال ابن القاسم: إنها ثلاث، وبه أخذ أصبغ وابن المواز.

وجه رواية ابن وهب أنه لفظ يستعمل فى الطلاق، وليس منه ما يقتضى قطع العصمة، فاقتضى طلقة واحدة كقوله: طلقتك.

ووجه رواية ابن القاسم أن تخلية السبيل إنما تستعمل على معنى إطراح العصمة وترك الإمساك بشىء منها، فاقتضى الثلاث إطلاقه كقولك: حبلك على غاربك.

فرع: فإذا قال: أردت واحدة، فيجىء على رواية ابن وهب أنه يصدق دون يمين، ويجىء على رواية ابن القاسم، عن مالك: له نيته ويحلف، ووجهه ما تقدم.

فصل: وقوله: **«إنها ثلاث تطليقات»**، كل واحدة منها لئلا يظن ظان أن الثلاث إنما تقع لتكرر الألفاظ، ولا يكون ذلك مقتضى كل لفظ منها، فبين أن مقتضى كل لفظ ما ذكره.

١١٤٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّ رَجُلا كَانَتْ تَحْتَهُ وَلِيدَةٌ لِقَوْمٍ، فَقَالَ لأَهْلِهَا: شَأْنَكُمْ بِهَا، فَرَأَى النَّاسُ أَنَّهَا تَطْلِيقَةٌ وَاحِدَةٌ.

الشرح: قوله: **«أنه قال لأهلها: شأنكم بها»**، يريد أنه قال ذلك على وجه المغاضبة أو طلب الطلاق منه، أو ما يقتضى أن يفهم منه الطلاق.

١١٤٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٦.

وأما لو تقدمت قبل ذلك رغبتهم إليه فـي أن تبيـت عندهـم أو تسـافر معهـم، فقـال لهم: شأنكم بها، وقال: لم أرد بذلك إلا إباحة ما سألتمونى، لم يكن عليه شيء.

قال أشهب: وأما إذا قال ذلك على ما قدمناه، وقال: لم أرد طلاقًـا، لـم يقبـل منـه؛ لأن هذا من الألفاظ التى جرت العادة باستعمالها فى الطلاق، فإذا وقع على وجه يفهـم منه ذلك، حمل عليه.

مسألة: وإن قال: نويت الطلاق، فقد روى ابن القاسم، عن مالك: أنها واحـدة، إلا أن يريد أكثر من ذلك فى غـير المدخـول بهـا، فإنهـا ثـلاث ولا نيـة لـه كمـا لـو قـال: وهبتكم إياها.

وقال ابن حبيب: إنه حمل حديث القاسم على غير المدخول بهـا، ولذلـك رأى أهـل العلم أنها تطليقة. وفى المدنية أن مالكًا قال: لا يعجبنى ذلك، يريد حديث القاسم، قال مالك: وأراها للتى قد دخل بها، وإن لم يدخل بها، فهو بين أنها ليست إلا واحدة، إذا لم تكن له نية.

وقال ابن حبيب وأصبغ: هى ثلاث، بنى بهـا أو لـم يـبن بهـا، إلا أن ينـوى واحـدة كالموهوبة، ورواه أشهب وابن وهب عن مالك. ووجه ذلك على ما تقدم.

فرق: وفرق أشهب بين أن يقول لأهلها: شأنكم بهـا، وبـين أن يقـول لهـا: شـأنك بأهلك، فإذا قال لأهلها: شأنكم بها، فإنه لا ينوى، وإذا قال لها: شأنك بأهلك، نوى. وروى عيسى عن ابن القاسم أن ذلك سواء، ينوى فى التى لـم يـبن بهـا ولا ينـوى فـى المدخول بها.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ويجـب عنـدى أن يدخـل فـى هـذه المسألة مـن الخلاف مثل ما تقدم فى «خليـت سبيلك»، وقولـه: «خليـت سبيلك» يجـب أن يكـون أشد، وكذلك حكم «الحقى بأهلك»، يجب أن يجرى على هذا. وقد روى عن مالك أنه قال: ينوى فى «الحقى بأهلك» ويحلف.

وأما إذا قال لها: أنت رد على أهلك، أو وهبتك لأبيك، ففى المدنية من روايـة عبـد الرحمن بن دينار، عن محمد بن يحيى النسائى، عن مالك: أنها ثـلاث فـى المدخـول بهـا، وواحدة فى التى لم يدخل بها. قال ابن كنانة: قبلها أبوها أو لم يقبلها.

ووجه ذلك أن الطلاق من قبل الزوج، فإذا وجد منه لفظ يقتضى الطلاق وليس فيـه استثناء مشيئة لأب لم يراع فى ذلك مشيئة الأب.

١١٤٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ: لامْرَأَتِهِ بَرِئْتِ مِنِّي، وَبَرِئْتُ مِنْكِ: إِنَّهَا ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ بِمَنْزِلَةِ الْبَتَّةِ.

الشرح: قوله: «**في الرجل يقول لامرأته: برئت مني وبرئت منك: إنها ثلاث تطليقات**»، مسألتان، إحداهما: أن لفظ البراءة يقتضي الثلاث؛ لأن به تقع براءتها من الزوجية، وقد تقدم ذكره.

والثانية: أن إضافة الطلاق إلى الزوج أو إلى الزوجة سواء، فإذا قال لها: برئت منك، فهو سواء، وكذلك لو قال لها: أنت مني بائن، أو أنت حرام، أو أنا عليك حرام، وكذلك لو قال لها: أنا منك طالق، أو أنت مني طالق، سواء أضاف الطلاق إلى الزوج أو إلى الزوجة.

وقال أبو حنيفة: إن إضافة الطلاق إلى الزوج بلفظ الطلاق لا يقع به الطلاق، وذلك إذا قال لها: أنا منك طالق.

والدليل على ما نقوله أنها جهة لو أضاف إليها الطلاق بلفظ البينونة ثبت حكمه كجهة الزوجة.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لامْرَأَتِهِ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ أَوْ بَائِنَةٌ: إِنَّهَا ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ لِلْمَرْأَةِ الَّتِي قَدْ دَخَلَ بِهَا، وَيُدَيَّنُ فِي الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، أَرَادَ وَاحِدَةً أَمْ ثَلاثًا، فَإِنْ قَالَ: وَاحِدَةً، أُحْلِفَ عَلَى ذَلِكَ، وَكَانَ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَّابِ؛ لأَنَّهُ لا يُخْلِي الْمَرْأَةَ الَّتِي قَدْ دَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا، وَلا يُبِينُهَا، وَلا يُبْرِيهَا إِلا ثَلاثُ تَطْلِيقَاتٍ، وَالَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا يخليها ويبرئها وَتُبِينُهَا الْوَاحِدَةُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ(١).

١١٤٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٢٧.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٤٩/١٧: قول الليث بن سعد في ذلك سواء في المدخول بها، وغير المدخول. وقال ابن أبي ليلى في حرام، وخلية، وبرية، وبينونته كلها ثلاث ثلاث، ولا ينوي في شيء منها. وقال الأوزاعي: أما البائنة والبرية، فثلاث، وأما الخلية، فسمعت الزهري يقول: واحدة، أو مانوى. وقال أبو حنيفة، وأصحابه، والثوري في خلية، وبرية، وبائن: إن أراد طلاقًا، فواحدة بائن، إلا أن ينوي ثلاثًا، وإن نوى واحدة أو اثنتين، فهي واحدة بائنة. وقال زفر: إن أراد اثنتين كانت اثنتين. وقال عثمان البتي نحو قول الثوري. وقال الشافعي في الخلية،=

الشرح: قد مضى الكلام فى الخلية والبرية، وحكم البائن حكم الخلية والبرية، وقد قال مالك: إنها ثلاث فى التى دخل بها، ولا يدين، وذلك أنه إن أراد واحدة، لم يقبل منه، وإنما يدين ويقبل قوله فى التى لم يدخل بها.

فإن قال: أردت واحدة أو اثنتين قبل ذلك منه، وإن حلف أنه أراد بقوله: أنت بائن لا ادعاء من ذلك، وكان خاطبًا من الخطاب، وفى ذلك إشارة إلى أنه إنما يحلف إذا أراد

=والبرية، والبائن، والبتة: هو ما نوى، فإن نوى أقل وثلاث كان رجعيًا. قال: ولو طلقها واحدة بائنة كانت رجعية. قال أبو عمر: روى عن على ابن أبى طالب، وعبد الله بن عمر وابن عباس، وزيد بن ثابت، رضى الله عنهم، فى الخلية والبرية، والبائن، والبتة أنها ثلاث. روى ذلك عنهم من وجوه فى كتاب ابن أبى شيبة، وعبد الرزاق، وغيرهما. وهو قول مكحول. وقاله ابن شهاب فى البرية، والبائن. وقوله: برئت منى، وبرئت منك هو من البرية. وكان بعض أصحاب مالك يرى المبارأة من البرية، ويجعلها ثلاثًا. وتحصيل مذهب مالك عند جمهور أصحابه أن المبارأة من باب الصلح والفدية، والخلع، وذلك كله واحدة عندهم بائنة. وأما قول القاسم بن محمد فى قول الرجل لأهل امرأته: شأنكم بها، أن الناس رأوها تطليقة واحدة. وروى عن مالك مثل ذلك، إلا أن ينوى ثلاثًا. وروى عنه أنها ثلاث إلا أن ينوى واحدة. وقال عيسى، وعن ابن القاسم، عن مالك: هى ثلاث فى المدخول بها، وواحدة فى التى لم يدخل بها، ولا ينوى فى شىء من ذلك. وقال أبو حنيفة، والثورى، والشافعى: إن أراد بذلك الطلاق، فهو ما أراد من الطلاق، وإن أراد أقل من ثلاث، فهو رجعى عند الشافعى، وعند الكوفيين بائن، وإن لم يرد طلاقًا، فليس بطلاق. قال أبو عمر: أصل هذا الباب فى كل كناية عن الطلاق ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: للتى تزوجها، فقالت: أعوذ بالله منك، قد عذب بمعاذ الحقى بأهلك، فكان ذلك طلاقًا. وقال كعب بن مالك لامرأته حين أمره رسول الله ﷺ باعتزالها: الحقى بأهلك، فلم يكن ذلك طلاقًا، فدل بما وصفنا من هذين الخبرين على أن هذه اللفظة مفتقرة إلى النية، وإنما لا يقضى فيها إلا بما ينوى اللافظ بها، فكذلك سائر الكنايات المحتملات للفراق، وغيره، والله أعلم. ومن الكنايات بعدما تقدم قول الرجل لامرأته: اعتدى وأنت حرة، أو اذهبى، فانكحى من شئت، أو لست لى بامرأة، أو قد وهبتك لأهلك، أو خليت سبيلك، أو الحقى بأهلك، وما كان مثل هذا كله من الألفاظ المحتملة للطلاق. وقد اختلف السلف والخلف فيها، فواجب أن يسأل عنها قائلها، ويلزم من ذلك ما نواه، وأراده إن قصده. وأما الألفاظ التى ليست من ألفاظ الطلاق، ولا يكنى بها عن الفراق: فأكثر العلماء لا يوقعون شيئًا منها طلاقًا، وإن قصده القائل. وقال مالك: كل من أراد الطلاق بأى لفظة كان لزمه الطلاق حتى بقوله: كلى، واشربى، وقومى، واقعدى، ونحو هذا، ولم يتابع مالك على ذلك إلا أصحابه. والأصل أن العصمة المتيقنة لا تزول إلا بيقين من نية، وقصد، وإجماع على مراد الله من ذلك. وهذا عندى وجه الاحتياط للمفتى، وبالله التوفيق.

النكاح، ولو حلف عند طلاقه لم يقل فيه: «خاطب من الخطاب»، وإنما يقال فيه أنه رجل أجنبى، وقد تقدم من قول ابن الماجشون وسحنون أنه عند إرادته للنكاح.

فصل: وقوله: **«لأنه لا يخلى المرأة التى قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها إلا ثلاث تطليقات والتى لم يدخل بها يخليها ويبرئها ويبينها الواحدة»**، يقتضى قوله هذا أن المراد بقوله: «البينونة والإخلاء» أن لا يكون له عليها رجعة، سواء كان ذلك ثلاثًا أو واحدة.

ويحتمل أن يريد به قطع العصمة بالنية، ولما كان عدم الرجعة لا يصح فى المدخول بها بدون الثلاث، حمل على الثلاث، ولم يحمل قوله على واحدة وإن ادعاها؛ لأن لفظه لا يصح استعماله فى الواحدة فى حق المدخول بها.

فأما غير المدخول بها، فإنه يحتمل أن يريد به قطع العصمة، وذلك لا يكون إلا بالثلاث، ويحتمل أن يريد به طلاقًا لا تتعقبه رجعة، وإن لم يقطع العضمة لكنه لما كان أظهر من جهة اللفظ فى قطع العصمة حمل عليه، إن لم يكن له نية، فإن ادعى نية، استحلف على أنه أراد ما يستعمل فيه هذا اللفظ، وإن كان فى غيره أظهر، والله أعلم.

ويجب على هذا أنه إذا قال فى الخلع: طلقتك بائنة، أنه يقبل منه أنه أراد واحدة فى المدخول بها، ويستحلف على ذلك إن أراد ابتداء نكاحها؛ لأن امتناع الرجعة يوجد فى طلقة.

مسألة: فهذا مقتضى قول مالك فى البائن والخلية والبرية، والبائن فى كلام العرب يستعمل بمعنى البعيد، فيقال بان فلان من ذلك، ويستعمل بمعنى الإبانة بالقطع يقال ضربه فأبان يده، إذا قطعها، فلم يبق شيئًا منها.

وعلى أى الوجهين حملنا البينونة فى الطلاق، اقتضى ذلك إبطال الرجعة والمنع من ابتداء النكاح، وذلك أن بعدها عنه لا يريد به تقارب أجسامهما، وإنما يريد به بعدها عن عصمته وزوجيته، فهو أظهر فى انقطاع العصمة.

وإن كان يحتمل أن يريد به بعدها عما كانت عليه، وذلك لا يكون إلا بأن لا تكون له عليها رجعة، فهى قريب مما كانت عليه.

وإن قلنا إن معناه القطع، فإنه أيضًا لا يوجد هذا المعنى إلا بانقطاع الرجعة أو بانقطاع العصمة. وأما الرجعية، فإن الاتصال بينهما موجود، فإذا أبانها، ثم ادعى الرجعية لم يكن له ذلك.

مسألة: وأما من نوى الطلاق ولم يلفظ بشىء جملة، فلا يخلو أن يقترن بـه كتابـة أو إشارة أو لا يقترن به شىء، فإن اقترنت به كتابة، وذلك أن ينوى إيقاع الطلاق بكتابة، فإنها طالق بذلك. وقال عطاء: ومن كتب الطلاق، ولم يلفظ بشىء، فليس بطلاق.

والدليل على صحة ما نقوله أن الكلام هـو المعنـى القـائم بـالنفس وإظهـاره بالكتابـة كإظهاره بالنطق كلفظه بالتوحيد يكتبه من لا يقدر على الكلام، فإنه يقضى له به.

فرع: وإذا كتب الطلاق على غير عزم، فله تركه مـا لـم يخرجـه عـن يـده أو شـهد عليه، فإن أخرجه عن يده على وجه الإرسال به إلى الزوجة، فهو إنفاذ له كالإشهاد به، وسواء كتب أنت طالق، أو إذا جاءك كتابى فأنت طالق، قاله مالك.

فرع: فإذا كتب ولم يشهد به ولم يخرجه عن يده، فإن لـه رده ويحلـف أنـه مـا أراد إنفاذ الطلاق.

ووجه ذلك أنه يكتبه على وجـه الارتيـاب فيـه أو علـى وجـه التهديـد، فيحلـف لما احتمل أنه لم يكتبه إلا على وجه الطلاق.

مسألة: وإن نوى الطلاق، وأشار به، لزمه الطلاق.

فرق: ولا فرق بين إظهاره بالكتابة أو إظهاره بالنطق، سواء أشار بيده أو رأسه، قال مالك: واحتج فى ذلـك بقولـه تعـالى: **﴿أن لا تكلـم النـاس ثلاثـة أيام إلا رمـزًا﴾** [آل عمران: ٤١]، ولأن طلاق الأخرس إنما يكون بالإشارة.

ووجه آخر، وهو أن الإشارة عبارة عما نواه منه كالنطق.

مسألة: فإن لم يقترن به كتابة ولا إشارة، ففى كتاب ابن المواز، عن مالك: من طلق ثلاثًا على ذلك، فلا شىء عليه. وروى أشهب عن مالك فى العتبية: يلزمـه ذلـك. قـال ابن عبد الحكم: وليس بشىء.

وجه الرواية الأولى ما روى عنه ﷺ أنه قال: «وإنما لامـرئ مـا نـوى»(*)، وهـذا قـد نوى الطلاق، فوجب أن يكون له.

ووجه ثان وهو أن ألفاظ الطلاق إذا لم يرد بها طلاقًـا لا يكـون طلاقًـا، وإنمـا يوقـع عليه الطلاق؛ لأنا لا نعلم صدقه فى أنه لم يرد الطلاق، فنحمله على مقتضى لفظه. وقد

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١. مسلم حديث رقم ١٩٠٧. الترمذى حديث رقـم ١٦٤٧. النسائى حديث رقم ٧٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٠١. ابن ماجه حديث رقم ٤٢٢٧.

أجمعنا على أنه إذا أراد بها الطلاق، وقع بها الطلاق، فدل ذلك على أن الاعتبار بالنية دون اللفظ.

ووجه الرواية الثانية ما روى عنه ﷺ أنه قال: «إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به»(*).

ومن جهة المعنى أن النية بمجردها لا تقوم مقام القول والعمل، وإن افتقر القول والعمل إلى نية كالصلاة وتكبيرة الإحرام والقراءة وغير ذلك من الأقوال والأفعال والعبادات.

مسألة: ومن قال لامرأته: كلى واشربى، من الألفاظ التى لا تستعمل فى الطلاق حقيقة، ولا مجازًا، فقد قال مالك: يلزمه الطلاق. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يلزمه طلاق. وقال بعض أصحابنا: إن هذا مبنى على أن مجرد النية يقع به الطلاق.

ومذهب ابن القاسم يقتضى أنه لا يقع الطلاق فى هذه المسألة بمجرد النية، وإنما يقع بما قارن النية من اللفظ، ولذلك روى عن مالك فيمن أراد أن يقول: أنت طالق، فقال: كلى واشربى، أنه لا يلزمه شىء، وإن كان قد وجدت النية.

ومعنى هذه المسألة أنه قد وجد منه لفظ قصد به إلى إيقاع الطلاق، فلزمه الطلاق. أصل ذلك إذا تلفظ بكنايات الطلاق.

* * *

ما يبين من التمليك

١١٤٧ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلا جَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، إِنِّي جَعَلْتُ أَمْرَ امْرَأَتِي فِي يَدِهَا، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا، فَمَاذَا تَرَى؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: أُرَاهُ كَمَا قَالَتْ. فَقَالَ الرَّجُلُ: لا تَفْعَلْ يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: أَنَا أَفْعَلُ، أَنْتَ الَّذِي فَعَلْتَهُ.

الشرح: التمليك المذكور هو أن يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها، وذلك بأن

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٦٦٤. مسلم حديث رقم ١٢٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٣٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٠٩. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٤٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٧٤٢١.

١١٤٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٨.

يقول لها: قد ملكتك أمرك، أو يقول لها: أمرك بيدك. وفى كتاب ابن المواز: وكذلك قوله: قد ملكتك، وإن لم يقل: أمرك ولا نفسك، وكذلك قوله: طلاقك إليك أو بيدك.

قال ابن القاسم: أو قال لها: أمرك بيدك إن شئت، أو أنت طالق إذا شئت، فهذا كله تمليك محض، ويشبه أن يكون هذا السائل الذى سأل ابن عمر، رضى الله عنه، قال لامرأته: أمرك بيدك؛ لأن ذلك مقتضى قوله: «**جعلت أمر امرأتى فى يدها**».

فصل: وقوله: «**فطلقت نفسها**» يقتضى أنها جاوبته، تقول: طلقت نفسى، إلا أن المشهور من المذهب أن المرأة تسأل عما أرادت بقولها: طلقت نفسى. وقد روى عن ابن القاسم: لا تسأل، وهى واحدة فى التمليك. قال محمد: وهو أحب إلىّ.

وجه القول الأول أنها تسأل لئلا تدعى أكثر من واحدة، فتناكر أو تمضى.

ووجه القول الثانى أنها إن ادعت أكثر من واحدة لم يقبل قولها؛ لأن اللفظ كثيرًا ما يستعمل فى الطلقة الواحدة، فإذا أطلقت هذا اللفظ الذى يستعمل غالبًا فى الواحدة لم تقبل دعواها، أنها أرادت أكثر من واحدة؛ لأن ذلك استئناف دعوى منها، كما قالت: طلقت نفسى واحدة، ثم قالت: أردت أكثر من ذلك أو أزيد الآن على ذلك.

فرع: وهكذا كل لفظ لا يستدل به على الثلاث؛ لأنه يحتمل غيره، فإن المرأة تسأل عما أرادت بذلك، قاله ابن القاسم، وقد تقدم الخلاف فى ذلك بما يغنى عن إعادته.

وقد روى ابن حبيب، عن ابن القاسم فى المملكة تقول: قد طلقتك، هى واحدة، إلا أن تريد المرأة أكثر من ذلك كقول الرجل: لها ذلك، فثبت القولان لابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: وأما إن قالت: قبلت نفسى، أو اخترت نفسى، أو طلقت نفسى ثلاثًا، أو بنت منك، أو حرمت عليك، أو برئت منك، فإنه محمول على الثلاث، ولا تسأل المرأة عما أرادت؛ لأنها لو قالت: أردت أقل من ثلاثة فى المدخول بها، لم تصدق فيه، رواه ابن القاسم، وهذا اللفظ الذى لا يحتمل إلا الطلاق، وكذلك قولها: أنا منك خلية، أو برية، أو بائن، وأنا عليك حرام، وهذه الألفاظ كلها قد تقدم القول فيها.

فأما قبلت نفسى، وحملها على الثلاث، فإنه حمل ذلك على أن قبولها لنفسها قبولها لملك نفسها، وذلك لا يكون إلا بواحدة قبل البناء أو بثلاث بعد البناء، فلذلك حمل من قولها على الثلاث، فلم تصدق بعد البناء على أنها أرادت به واحدة.

وقد روى ابن المواز، عن أشهب: أن لها تفسير ذلك بالواحدة بمنزلة «قبلت أمرى»، ولا يراه طلاقًا حتى توقف، ولم يره مثل: أخذت نفسى.

مسألة: وهذا إذا لم يكن ملكها على عوض، فإن ملكها على عوض أعطته إياه، ففى المبسوط من قول مالك: إن قالت له: برئت منك، أنها واحدة؛ لأنه خلع، وهى مثل التى لم يبن بها، فإن أراد أن ينكحها نكاحًا جديدًا، أحلف بالله ما وليتها من أمرها إلا واحدة، وإنما معنى ذلك أنه ملكها بلفظ محتمل، وناكرها، فتكون بائنة لأجل العوض.

مسألة: فإن قالت: خليت سبيلك، ففى كتاب ابن حبيب، عن ابن القاسم: أن قولها له: قد خليت سبيلك، أو فارقتك، كقوله ذلك لها؛ لأن ابتداء ذلك منه يحمل على طلاق السنة، وهى واحدة حتى يريد أكثر من ذلك.

وأما هى فمملكة، فكانت إجابتها عن الفراق، فهو على البتات حتى يريد واحدة، والخلاف بينهما فى الأصل، وذلك أن ابن القاسم يرى فى الزوج يقول لزوجته: خليت سبيلك، هى ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك، فعلى هذا لا فرق بين أن يقول ذلك الزوج لها أو تقوله الزوجة للزوج.

وقول أصبغ مبنى على رواية ابن وهب، عن مالك: أن قول الزوج للزوجة: خليت سبيلك، واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك، فلذلك أمكن أن يفرق بين قول الزوج والزوجة.

وإنما فرق بينهما مع هذا الأصل بأن الزوج ملك الطلاق بالشرع، فكان له أن يوقع منه ما شاء، بل هو مأمور أن يفرقه، واللفظ لا يخالف ذلك، فلذلك قبل منه: أردت واحدة.

وأما المرأة، فإن الزوج ملكها، ولم يستثن قليلاً من كثير، فكان الظاهر أنه ملكها جميع الطلاق، ولذلك يستحلف إن ناكر، فلما جاوبته بالفرقة، كان مقتضى ذلك إيقاع جميع ما ملكها إياه.

مسألة: فأما إن كان لفظ يحتمل الطلاق وغيره مثل أن تقول: قبلت أمرى، فإن قالت: أردت به قبلت ما جعل لى من التمليك أو الخيار، قبل ذلك منها، ثم قيل لها: طلقى بعد ذلك أو ردى.

وإن قالت: أردت بقولى: قبلت أمرى، الطلاق، سئلت ما أرادت من الطلاق.

فيحتاج فى هذا إلى سؤالين لما كان اللفظ محتملاً للطلاق وغيره، ثم تسئل مرة أخرى عن قدر ما أرادت من الطلاق؛ لأن ما تلفظت به يحتمل من الطلاق الواحدة أو أكثر.

مسألة: فإن قالت: قد قبلت، لم تزد على ذلك، ثم قالت بعد الافتراق من المجلس: لم أرد إلا أن أنظر وأستخبر، كان لها أن تقضى الآن بواحدة، فتلزمه أو بأكثر من ذلك، فيكون لها المناكرة؛ لأن لفظ «قبلت» محتمل.

فرع: فإن قالت بعد الافتراق لم أرد شيئًا، لم يقبل.

مسألة: وسواء أضافت الطلاق إليها أو إليه، فقالت: طلقت نفسى، أو طلقتك، أو أبنت نفسى أو أبنتك؛ لأن إضافة الطلاق إلى جهة الزوج كإضافته إلى جهة الزوجة كما لو أوقعه الزوج.

فصل: وقول ابن عمر، رضى الله عنه: **«أراه كما قالت»**، يريد أن ما قالت يلزمه على حسب ما أورده هو، لكن ذكر أنه جعل أمر امرأته بيدها، وهذا تمليك محض، ثم ذكر أنها طلقت نفسها، وهذا أقل ما يلزمه به طلقة واحدة، ولعل السائل والمسئول قد جرى منهما ما فهم به هذا المعنى.

وقال الشافعى: التخيير والتمليك بهذا اللفظ دون لفظ الطلاق، وليس بشىء إلا أن ينوى به الزوج الطلاق، فيكون ما نوى منه، وإن لم يرد به الطلاق، وقالت هى: قبلت نفسى، أو اخترت نفسى، فليس بشىء، وهذا القول لم يتقدمه فيه سلف، وهو مبنى على قوله أن قول الزوج قد ملكتك أمرك، وأمرك بيدك، من كنايات الطلاق، وكذلك قولها: قبلت نفسى، من كناياته من جهتها، فإذا قالا جميعًا: أردنا به الطلاق، وقع الطلاق، وإن قال أحدهما: لم أرد بقولى طلاقًا، فليس بطلاق، وإن قال الآخر: أردت الطلاق، وقد مضى الكلام على كنايات الطلاق بما يغنى عن إعادته.

مسألة: وهذا إذا كانت المملكة ثيبًا محجورًا عليها أو غير محجور عليها؛ لأن الحجر لا تأثير له فى الطلاق، ولذلك ينفذ طلاق السفيه المحجور عليه، وكذلك إذا كانت بكرًا بالغًا؛ لأن البكر البالغ يلزمه طلاقها.

وأما الصغيرة، ففى الموازية، قال أشهب وعبد الملك فى الصغيرة، تخير فتختار نفسها: ذلك لها. وقال: ذلك لها إذا بلغت فى حالها. قال ابن القاسم: يريد بلغت حد الوطء. وروى عيسى، عن ابن القاسم: إذا بلغت مبلغًا تعرف ما ملكت أو يوطأ مثلها، فذلك لازم.

وقال عبد الملك في المجموعة عن المغمورة يخيرها زوجها، وهي مفيقة، فتختار نفسها، وهي مغمورة: أن قضاءها غير جائز، ولو خيرها مغمورة، فاختارت نفسها جاز قضاؤها.

وكذلك لو ملك صبيًا أمر امرأته، جاز ما قضى به عليه، إن كان يعقل ما جعل إليه وما يجيب به. قال ابن سحنون، عن أبيه: وكذلك إذا جعل أمرها بيد امرأة أو ذمي.

فصل: وقول الرجل: «**لا تفعل يا أبا عبد الرحمن**»، على سبيل الكراهية لما أفتاه به، والحرص على أن يعيد نظرًا لعله يخالف ما قد رآه، فقال عبد الله بن عمر: «**أنا فعلته، أنت فعلته**»، يريد بذلك لا صنع لي في ذلك، وإنما قولك وعملك أدى إلى ما أفتيتك به؛ لأن الفتوى إنما هي بحسب سؤال السائل، وما يقوم له من القول والعمل.

١١٤٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا مَلَّكَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ أَمْرَهَا، فَالْقَضَاءُ مَا قَضَتْ بِهِ، إلا أَنْ يُنْكِرَ عَلَيْهَا فَيَقُولُ: لَمْ أُرِدْ إِلا وَاحِدَةً، فَيَحْلِفُ عَلَى ذَلِكَ، وَيَكُونُ أَمْلَكَ بِهَا مَا كَانَتْ فِي عِدَّتِهَا.

الشرح: قوله، رضي الله عنه: «**إذا ملك الرجل امرأته أمرها، فالقضاء ما قضت**»، لا يخلو أن تكون المرأة مكلفة أو غير مكلفة، فإن كانت مكلفة، لزمه ما قضت به.

وإن كانت غير مكلفة، فلا يخلو أن تعقل التمليك أو لا تعقله، فإن عقلته، ففي الموازية، عن مالك في الذي يخير زوجته قبل أن تبلغ، وقبل البناء، فاختارت نفسها، فهو طلاق.

قال ابن القاسم: يريد إذا بلغت حد الوطء. وروى عيسى، عن ابن القاسم: إذا بلغت مبلغًا تعرف ما ملكت. قال عبد الملك وسحنون: وكذلك لو جعل أمرها بيد صبي.

مسألة: ومن خير امرأته، وهي مغمورة، جاز قضاؤها عليه؛ لأنه رضي بذلك لنفسه، ولو كانت مفيقة، ثم أصابها ذلك، لم يلزمه قضاؤها، قاله عبد الملك في المجموعة.

ووجه ذلك أنه إنما رضي قضاءها على ما علم من حالها وعقلها، فلما ذهب ذلك، لم يلزمه ما قضت على غير تلك الصفة.

١١٤٨ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٥١٩/٦. البيهقي في السنن الكبرى ١٨٢/١٠. وفي معرفة السنن والآثار ١٤٧٣١/١١. الأم ٢٥٤/٧. شرح السنة ٢١٨/٩. ابن حزم المحلى ١١٧/١٠. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٢٩.

فصل: وقوله: «**القضاء ما قضت به**»، يريد أن لفظ التمليك يقتضى ذلك؛ لأن ظاهره تمليك نفسها، وذلك لا يكون إلا بالطلاق، فقد فهم من هذا اللفظ وضع الطلاق بيدها كما لو وكل أجنبيًا على طلاقها، وإذا كان ذلك المعلوم من لفظ التمليك وجب أن يثبت حكمه كما لو تلفظ فى ذلك بلفظ الطلاق؛ لأن هذه العبارة موضوعة لتتفاهم بها المعانى.

فإذا كان اللفظ يفهم من تمليك الطلاق ما يفهم منه إذا ورد بلفظ الطلاق، وجب أن يكون حكمه فى الحالين سواء، فلا يقبل منه: إنى لم أرد تمليك الطلاق كما لا يقبل ذلك منه إذا تلفظ بالطلاق، ولأن العجمى يمكن أن يعبر عن ذلك بلسانه، وإن لم يكن فيه لفظ طلاق، ويلزمه حكمه فى التمليك والطلاق المبتدأ.

وكذلك الأخرس يفهم عنه هذا بالإشارة، وتساوى ذلك بلفظه به كسائر الأحكام من الندب وغيره.

قال ابن المواز: وأخذ مالك بقول ابن عمر: إن القضاء ما قضت إلا إن تناكر، وهذا يقتضى أيضًا أنها إن ردت التمليك، أنه لا يقع به طلاق؛ لأنها قضت بالبقاء على الزوجية.

وقد روى ابن المواز أن مذهب ربيعة في التمليك هى واحدة، قبلت أو ردت. قال مالك: وما أدرى من أين أخذه، وقد اختار أزواج النبى ﷺ المقام، فلم يكن ذلك فراقًا.

ووجه ذلك من جهة المعنى أن من وكل على الطلاق، فلم يوقعه الوكيل، لم يلزمه الطلاق، فكذلك هذا.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «**إلا أن ينكر عليها الزوج فيقول: لم أرد إلا واحدة**»، وذلك أنه لا يخلو التمليك أن ينوى به واحدة أو أكثر من ذلك أو لا ينوى شيئًا، فإن نوى واحدة أو اثنتين، فقضت بما نواه، لزم ذلك، ولم يلزم أكثر من ذلك؛ لأنه قد ملكها طلقة واحدة وأوقعتها، فلزمه ذلك، ولم يلزمها أكثر من ذلك؛ لأنه لم يوجد منه تمليك لما زاد، ولا منها رضى بذلك، ولا إيقاع له.

مسألة: ويكون له الرجعة، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: يقع طلقة واحدة بائنة، إلا أن ينوى ثلاثًا، فيكون ثلاثًا.

والدليل على ما نقوله أن هذه جهة لوقوع الطلاق، فكانت واحدة رجعية كجهة الزوج.

مسألة: فإن أوقعت ثلاثًا، وهو قد نوى واحدة، لزمته واحدة، ولم يلزمه أكثر منهـا، وبهذا أخذ مالك، وهو قول عبد الله بن عمر؛ أن له أن يناكرها. وروى عن على بن أبي طالب وسعيد بن المسيب، رضى الله عنهما: أن الأمر على ما قضت، ولا ينفعه المناكرة.

والدليل على صحة ما قلنا أن الطلاق إنما صار بيدها بجعله ذلك إليها وتفويضه، والذى جعل إليها طلقة واحدة وما بعد ذلك من الطلاق لم يجعله إليها، فلم يكن لها إيقاعه كالواحدة قبل أن يجعل ذلك إليها.

مسألة: وإن ملكها ثلاثًا، صرح بها، فأوقعت واحدة، فلا يلزمه شيء، فى رواية ابن القاسم. وقال الشافعى: يلزمه الطلقة، وهى رواية مطرف عن مالك. قال مالك: ولو قال لها: قد ملكتك البتة، فأوقعت واحدة، لم يكن ذلك شيئًا؛ لأن البتة لا تنقسم، والثلاثة تنقسم، من ثمانية أبى زيد.

وجه الرواية الأولى أن ما جعله إليها، وقصرت عنه، لم يلزمه ذلك، فإذا ألزمناه الواحدة، لم يكن فى ذلك موافقة لما جعل إليها؛ لأن الثلاث لم توقعها الزوجة، فلم تقع والواحدة لم يجعلها الزوج إليها، فإذا أثبتنا حكم الواحدة، أثبتنا ما يخالف ما جعله الزوج إليها.

وإذا جعل إليها الواحدة وطلقت نفسها ثلاثًا، فقد وافقته فى الواحدة، وما زادت على ذلك مما لم يجعله إليها يبطل، ويثبت ما جعله إليها، فتوجد الموافقة لما جعله إليها، والله أعلم.

مسألة: وأما إن لم يصرح بالثلاث، وإنما قال لها: أمرك بيدك، فطلقت نفسها واحدة، فقال: لم أرد إلا التمليك فى الثلاث، فإنه لا يقبل منه، وتقع طلقة رجعية، ويكون أملك بما قاله.

ووجه ذلك أن التمليك منه قد وجد، وهو يحتمل الواحدة، ولذلك لو طلقت نفسها ثلاثًا، وادعى واحدة لكانت واحدة. فإذا أوقعتها الزوجة، فقال: لم أرد ثلاثًا، لم يقبل منه، وكان ذلك منه على وجه الندم، والله أعلم.

مسألة: ومن قال لامرأته: أمرك بيدك، فقالت: قبلت، ثم قال: أردت بالتمليك البتة، وقالت هى: أردت واحدة، ففى المبسوط عن مالك: هى ثلاث، إلا أن تقول: قبلت واحدة.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أنه لما فسر قوله بالثلاث، وقالت هي: قبلت، وكان ظاهر ذلك قبولها ما جعل إليها، لزمه ما أقر أنه جعل إليها فعله، ولم ينفعها تفسير ما نوته بالواحدة، وهي تحتمل الثلاث مع مطابقتها لما جعله بيدها.

فصل: وقوله، رضي الله عنه: «**ويقول لم أرد إلا واحدة**»، يعني أن مناكرته لها أن يقول: لم أرد إلا واحدة، فهذا يحلف على قوله أنه لم يرد إلا واحدة.

قال محمد: يحلف مكانه؛ لأن له الرجعة مكانه، فإن لم يكن بها، فلا تلزمه اليمين؛ لأنها قد بانت منه، فإذا أراد نكاحها، حلف على نوى، ولا يحلف قبل ذلك؛ إذ لعله لا يتزوجها، وهذا الذى قاله محمد عندى هو ليحكم له الآن بأن طلاق التمليك رجعي.

قال القاضي أبو الوليد: والأظهر عندى إذا أراد أن يرتجعها، وأما إن لم يرد أن يرتجعها، فيجب أيضًا أن لا يلزمه بتعجيل اليمين؛ إذ لعله لا يرتجعها.

مسألة: فإن أبى أن يحلف، ففي المبسوط عن القاضي أبى إسحاق في الذى يناكر إذا أبى أن يحلف: ألزم الثلاث على الأصل، قال: ومعناه أنه قد ملك، فهو على أصل الطلاق، إلا أن يقول: أردت بعضه ويحلف.

فهذا على قول محمد بن المواز، فعلى هذا القول يؤمر في العدة باليمين، فإن أبى، قضى عليه بالثلاث، وبعد العدة لا يعرض له حتى يريد النكاح.

فإذا أراد ذلك استحلف، فإن حلف، وإلا قضى عليه بالثلاث، وكان الأظهر عندى تأخير اليمين عنه إلى أن يريد الرجعة في العدة أو النكاح بعد العدة؛ لأن اليمين إنما هي لاستباحة المراجعة، فإذا أراد أن يرتجع أمر بها لاستباحة الرجعة.

فإن لم يحلف، منع المراجعة، وكان حكمه بعد ذلك حكمه قبل اليمين، ولو اقتضى نكوله الحكم عليه بالثلاث لوجب أن يكون ذلك عند المناكرة، والمنع لها من إيقاع ما أوقعته؛ لأن ذلك وقت التخاصم فيه وإبطال ما ادعته وإثباته، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك

١١٤٩ – مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ سُلَيْمَانَ بْنِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، عَنْ خَارِجَةَ ابْنِ زَيْـدِ

١١٤٩ – أخرجه البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٤٧٣٠/٢١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٠.

ابْنِ ثَابِتٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا عِنْدَ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، فَأَتَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عَتِيقٍ، وَعَيْنَاهُ تَدْمَعَانِ، فَقَالَ لَهُ زَيْدٌ: مَا شَأْنُكَ؟ فَقَالَ: مَلَّكْتُ امْرَأَتِي أَمْرَهَا، فَفَارَقَتْنِي، فَقَالَ لَهُ زَيْدٌ: وَمَا حَمَلَكَ عَلَى ذَلِكَ؟ قَالَ: الْقَدَرُ، فَقَالَ زَيْدٌ: ارْتَجِعْهَا إِنْ شِئْتَ، فَإِنَّمَا هِيَ وَاحِدَةٌ، وَأَنْتَ أَمْلَكُ بِهَا.

الشرح: قوله: «**إن محمد بن أبي عتيق أتى زيد بن ثابت، وعيناه تدمعان**»، يقتضي بما بعده فرط ندمه وتأسفه على فراق امرأته، وذلك يقتضي اعتقاد أنه لا رجعة له عليها إما لأنه ظن أنها واحدة بائنة أو أنها ثلاث، ولو اعتقد أن له عليها الرجعة لراجعها، ولم يحتج إلى ذلك لما فعل بعد ما أمره به زيد بن ثابت وأرشده إليه.

فقال له زيد بن ثابت: «**ما شأنك**»، لما رأى به من البكاء والندم، فأخبره أنه ملك امرأته ففارقته، وأن ذلك الموجب لما رأى له من البكاء والجزع، فقال زيد: «**ما حملك على هذا؟**»، يحتمل أنه أراد به توبيخه على ما فعله وتهديده فيه حتى لا يأتيه مرة أخرى.

ويحتمل أن يكون أراد سؤاله عن سبب هذا لئلا يكون الحكم يختلف باختلاف سببه، وإن كان ملكها بعوض أو بغير عوض، فلما قال: «**القدر**»، ولم يكن ثم سبب يظهره، أجابه عن مسألته.

فصل: وقول زيد: «**ارتجعها إن شئت، فإنما هي واحدة، وأنت أملك بها**»، روى ابن المواز، عن أشهب، قال مالك: لا آخذ بحديث زيد في التمليك، ولكني أرى إذا ملك امرأته أن القضاء ما قضت، إلا أن ينكر عليها، فيحلف كما قال ابن عمر.

ويحتمل قول مالك هذا أن يعلم أن يكون علم مذهب زيد أنها لا تكون إلا واحدة، وإن أوقعت أكثر من ذلك على كل حال، ويحتمل أيضًا أن يكون مالك قال: يريد بذلك إني لا أقول بظاهر اللفظ على الإطلاق لقوله: «**ففارقتني**»، والفراق عند مالك في بعض الروايات يقتضي أكثر من الواحدة.

والحديث يحتمل أن يكون ذكر فراقًا على غير لفظ الفراق، وأنها فارقته بطلقة واحدة، ويحتمل أن يكون ملكها طلقة واحدة بتصريح، فلا يلزمه ما زادت، ولا يلزمه في ذلك يمين، فلذلك قال له: «**ارتجعها**»، فيكون ذلك موافقًا لقول مالك؛ لأن اليمين إنما يحتاج إليها إذا كان لفظه محتملاً وأوقعت المملكة أكثر من طلقة، وإنما كان جزع

ابن أبى عتيق على هذا التأويل فرقًا من أن تكون واحدة بائنة، وعلم من مخالفتها له أنها إذا ملكت نفسها لم تعد إليه.

١١٥٠ – مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلا مِنْ ثَقِيفٍ مَلَّكَ امْرَأَتَهُ أَمْرَهَا، فَقَالَتْ: أَنْتَ الطَّلاقُ، فَسَكَتَ، ثُمَّ قَالَتْ: أَنْتَ الطَّلاقُ، فَقَالَ: بِفِيكِ الْحَجَرُ، ثُمَّ قَالَتْ: أَنْتَ الطَّلاقُ، فَقَالَ: بِفِيكِ الْحَجَرُ، فَاخْتَصَمَا إِلَى مَرْوَانَ ابْنِ الْحَكَمِ، فَاسْتَحْلَفَهُ مَا مَلَّكَهَا إِلا وَاحِدَةً، وَرَدَّهَا إِلَيْهِ.

قَالَ مَالِك: قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ: فَكَانَ الْقَاسِمُ يُعْجِبُهُ هَذَا الْقَضَاءُ وَيَرَاهُ أَحْسَنَ مَا سَمِعَ فِي ذَلِكَ.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ وَأَحَبُّهُ إِلَيَّ.

الشرح: قوله: **«أن رجلاً من ثقيف ملك امرأته أمرها، فقالت: أنت الطلاق»**، يقتضى إيقاعها الطلاق بأثر تمليكه إياها الطلاق، ولو أخرت قبول التمليك بالقول، فلا يخلو أن يوجد منها فعل يدل على الفراق أو لا يوجد منها قول ولا فعل.

فإن وجد منها فى المجلس فعل يدل على الفراق مثل أن تخمر رأسها أو تأمر بنقل رحلها إلى عند أبويها، ففى المبسوط من رواية ابن المعدل، عن ابن الماجشون: إن فعلت من ذلك ما يبين ولا يجهل، فكأنما تملكت بالقبول.

ووجه ذلك أن ظاهر هذا الفعل القبول للتمليك أثر الطلاق وأقل ما يحمل عليه القبول للتمليك. قال عبد الملك: فإن قالت بعد ذلك: أردت البتة، ألا ترى أنى قد خمرت رأسى، وفعلت ما تفعله المحرمة، فإن له أن يناكرها، ويحلف أنه ملكها إلا واحدة. وفى المجموعة عن ابن القاسم: لا ينوى الزوج.

ووجه ذلك أن ظاهر فعلها البينونة، فترك الإنكار عليها فى المجلس، يقتضى الرضا بالثلاث، وقيل عليه أن يحلف يمينًا أخرى؛ لأنه لم يظن أن انتقالها أو ما فعلت يكون طلاقًا بائنًا.

ومقتضى قول ابن الماجشون وسحنون وأصبغ، أن ذلك يلزمه مع يمينه، أنه لم يملك

١١٥٠ – أخرجه البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٤٧٣٣/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣١.

إلا واحدة. وقال ابن المواز: يمين واحدة تجزئه لجميع ذلك فيها، وهذا ليس بخلاف فى الظاهر.

فرع: فإن فعلت هذا من تخمير الرأس، ونقل الثياب، ثم قالت: لم أرد به طلاقًا، ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسين، عن أبى وهب: إن لم تكن اختارت، فلا شىء لها.

مسألة: فإن لم تفعل شيئًا أو فعلت ما لا يستدل به على الطلاق كالأكل والشرب، ففى كتاب محمد: إذا لم تفعل ما يستدل به على الفراق، ثم قالت: أردت الفراق ونوته فى المجلس، لم يقبل قولها.

وقد اختلف فيه قول مالك، فقوله القديم: إنما لها ذلك ما داما فى مجلسهما، فإذا قاما من مجلسهما قبل أن تقضى شيئًا بعد، بطل التمليك، ثم رجع عن ذلك، وقال: لها ذلك، ولا يزيل التمليك عنها، إلا أن يمكن من الاستمتاع أو يوقفها السلطان، فتطلق أو ترد. قال ابن القاسم: وقوله الأول أحب إلىّ.

وجه القول الأول إما أن يكون توكيلاً، فله الرجوع عنه متى شاء؛ لأن عقد التوكيل غير لازم، فله الرجوع عنه متى شاء، وإن كان هبة، فهو عقد لازم، فليس له الرجوع عنه ما داما فى المجلس؛ لأنه وقت للقبول.

ومتى قاما من المجلس، فقد تركت القبول، فبطل ما كان لها من ذلك، وهذا أشبه؛ لأنه لو كان حكمه حكم التوكيل لوجب أن يبطله بأثر التمليك، ولا خلاف نعلمه بين الفقهاء أنه ليس له ذلك بأثر تمليكه.

وإنما اختلف الفقهاء فى جواز رجوعه عن ذلك بعد وقت يمكنها فيه القبول، ولم يظهر القبول، ونحن إنما نقول له ذلك ما لم يقوما، وإلى هذا ذهب الشافعى، ورواه ابن وهب، عن مالك فى المبسوط، ووجهه ما تقدم.

ووجه القول الثانى، وهو اختيار أبى على بن خيران أنه طلاق معلق بصفة، فليس له الرجوع عنه كما لو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق.

فرع: فإذا قلنا بالقول الأول: ليس لها ذلك إلا ما داما فى المجلس، فإنه لا يبطل ذلك بانقضاء وقت من يمكنها فيه اختيار الطلاق، فلا يظهره، وإنما لها ذلك بمقدار ما جرت به العادة من الجلوس والارتياء فى الأمر والنظر فيه لما قدمناه أن حكمه حكم الهبة إن وهبها ما كان فى يده من إيقاع الطلاق.

فإن طال المجلس جدًا، وخرج عن المعتاد فى ذلك، ففى المدونة من قول مالك: أنه إذا طال المجلس عامة النهار، فعلم أنهما قد تركا ذلك، وخرجا مما كانا فيه، إلى غيره، فقد بطل التمليك. وقال أشهب: ذلك بيدها، وإن أقاما فى المجلس.

وجه القول الأول أن مجلس التعارض والأخذ فى مثل هذا معتاد، فإذا طال المجلس، وزاد على ذلك الزيادة البينة التى يعلم بها الخروج عن هذا الأمر، وترك النظر فيه، بطل ما لها من القبول كما لو قامت من المجلس.

ووجه الرواية الثانية ما احتج به أشهب من حديث ابن عمر أن ذلك لها ما داما فى المجلس، ولأن المجلس، وإن طال، فإنها على الصفة التى أبيح فيها الارتياء لم تنتقل عنها، وقد يحتاج هذا من النظر والارتياء إلى ما يزيد على مقدار المجلس المعتاد.

فرع: فإذا قلنا إن لها ذلك فى المجلس ما لم يخرجا عما كانا فيه، ويظهر تركه، فإن معنى ذلك الترك أن يأخذا فى كلام غيره. وأما أن تمتشط أو تسكت أو تعمل عملاً، فإن ذلك لا يكون قطعًا لخيارها، رواه ابن سحنون، عن أبيه.

وهذه مسألة فيها نظر؛ لأن الترك لما كان فيه قد يكون بالأعمال والنوم وطول المجلس المفرط الذى يظهر به الترك لما كانا فيه كما يكون بالأخذ فى كلام غيره.

فرع: وهذا إذا لم تجاوب بشىء عن التمليك، فأما إذا جاوبت، فقالت: قبلت أمرى، فعلى القول الأول، إنما ذلك مختص بالمجلس.

قال مالك: يكون ذلك بيدها حتى توقف أو تمكن من نفسها؛ لأن قولها: قد قبلت أمرى، إن أرادت به الطلاق، فقد قضت، ويلزم ما قضت به، إلا أن يناكرها فيما زادت على الواحدة.

وإن قالت: أردت به، قبلت ما جعل إلىّ من التمليك، ولم أرد به الطلاق، فقد قبلت ما وهبته بالمجلس، فجاز أن يوقع الطلاق أو يتركه بعد المجلس؛ لأن قبولها للهبة قد وجد منها، فتمت الهبة بالقبول فى المجلس.

فرع: فإن قالت: قبلت أمرى فى المجلس، ولم تفسر ذلك حتى حاضت ثلاث حيض، أو وضعت حملها، ثم قالت: أردت بذلك طلقة واحدة، قبل قولها بغير يمين، ولا رجعة للزوج عليها، قاله فى النوادر.

ومعنى ذلك أن قولها: قبلت أمرى، يحتمل الطلاق، فإذا فسرته بالطلاق، قبل ذلك منها، ولم يكن عليها يمين كما لو فسرته به فى العدة.

وإذا كان تفسيرها بعد العدة، فقد انقضى وقت الرجعة والزوج ضيع حقه حين لم يواقعها، ويستفسر قولها قبل العدة ورضى بانقضاء العدة، وانقطاع مدة الرجعة؛ لأنه لم يرتجع في مدة العدة.

فرع: فإن قالت بعد أن وطئها: أردت بذلك الطلاق، ففى المجموعة عن ابن القاسم: لا تصدق؛ لأنه قد زال ما بيدها، وإنما يصدق قولها ما دام التمليك بيدها وإمكانها إياه من نفسها دليل على أنها لم ترد الطلاق، فلا يجوز لها أن تدعى الآن غيره.

ولو كانت خالعته بعد قولها: ملكت أمرى، صدقت بعد ذلك أنها أرادت الطلاق؛ لأن فعلها لا ينافى ما تفسر به الآن، ويناكرها إن زادت على الواحدة، ورواه عيسى، عن ابن القاسم.

فرع: فإذا قالت: أردت الارتياء والنظر، صدقت، فإن زادت: الآن، فلا شىء عليه، وإن طلقت واحدة، كان له الرجعة، وإن زادت على ذلك، كان له المناكرة.

مسألة: ولو ملك رجل أمر امرأته رجلاً، ثم أراد الرجوع فيه، ففى المبسوط عن مالك: ليس له ذلك.

وروى ابن حبيب، عن ابن الماجشون فيمن قال لختنته: إذا تكارت لابنتك، وخرجت من القرية، فأمرها بيدك، فتكارت بها لتخرجها فأبى، وبدا لهما، قال: ذلك له، ولا شىء عليه.

قال القاضى أبو الوليد: ومعنى ذلك عندى أن له الرجوع فى سبب التمليك، وهو بأن يمنع أمها الخروج بها، ولو أخرجتها، لم يكن له الرجوع فى التمليك، والله أعلم.

وقد قال القاضى أبو محمد: وهو مما انفرد به لا نعلمه لغيره أن للرجل إلى المرأة طلاقها، وذلك على وجهين، أحدهما: أن يوكلها، والآخر: أن يملكها على التوكيل به أن يرجع ما لم تطلق نفسها، وفى التمليك ليس له ذلك إلا أن يبطل تمليكها.

وقال فى المعونة: إذا ملك الرجل امرأته طلاقًا، فهو على وجهين، أحدهما: التمليك، والثانى: التوكيل.

فرع: فإن قال لها: أمرك بيدك إلى شهر، أو إلى أجل يسميه، ففى المدنية من رواية محمد، عن يحيى السبائى، عن مالك: لا يجوز أن يجعل الرجل الخيار لامرأته فى نفسها

إلى أجل بعيد يسميه، إلا أن يكون ذلك اليوم وما أشبهه، ويوقف عن امرأتـه فـى اليـوم وشبهه حتى يرجع ذلك إليه أو يفارقه.

فإن فعل، ففى المدنية من رواية عيسى، عن ابن القاسـم أنـه اختلـف فيـه قولـه، مـرة قال: إن لم يقض ساعتين، فلا خيار لها منها لأجل أو بعد. وقد قال: ذلـك لهـا مـا لـم يطأها، ويوقف، والتوجيه فيه على ما تقدم.

فرع: وإن جعل أمر امرأته بيد رجل، فقد روى ابن وهب، عن مـالك فـى المبسـوط إنما ذلك له ما داما فى المجلس، فإن افترقا قبل أن تقضى، فقد كان يقول: ليس له ذلك بعد التفرق من المجلس، ثم رجع، فقال: أرى لـه ذلـك مـا لـم ترفعـه إلى السـلطان، أو توطأ، وقرن ذلك بتمليك المرأة، فجعل فيها القولين على ما فى تمليك المرأة، وقـد تقـدم فى توجيه ذلك أنه يحتمل أن يكون كالطلاق المعلق بصفة.

قال القاضى أبو محمد: وهو توكيل. وقال أيضًا: إن حكمه مختص به، ويخالف سـائر حكم التوكيل.

فإذا قلنا إنه طلاق معلق بصفة، فإنه يخالف تعليقه بدخـول الـدار أو أكـل الطعـام أو لباس الثوب، فإن تعليقه بأحد هذه الصفات يتأبد، وتعليقه علـى وجـه تمليـك الـزوج أو الأجنبى لا يتأبد، وإنما يختص بالمجلس على أحد القولين، وعلى القول الثانى لها إسـقاط ذلك بتمكينه من الاستمتاع أو رد ذلك.

وإذا قلنا إنه بمنزلة التوكيل، فإنه يخالف التوكيل، فإن التوكيل عقد جديد، له رده فى المجلس قبل إبقاء ما وكل عليه. وإذا قلنا إنه تمليك يخالف حكم التوكيل، فإنـه يـلزم أن يبين معناه، ويميز بينه وبين التوكيل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى فى ذلك أن التمليـك إنمـا هـو لها فى إيقاع الطلاق وتعليقه باختياره ومشيئته، ومعنى التوكيل الاستنابة له فـى إيقاعـه دون تعليق ذلك بمشيئته واختياره. وقد بسطت القول فى سنن هذه الوجوه وتعليلها فـى شرح المدونة بما يغنى الناظر فيه، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كان مخاطبًا لها بالطلاق، فإن أرسل به إليها، فلم تجب بشىء حتـى انصرف عنها الرسول، فقد روى ابن المـواز، عـن مـالك: ذلـك بيدهـا، وليـس بحضـور الزوج إلا أن يتطاول الزمان، ويظهر من أفعالها ما تفعله الراضيـة بـالزوج، وليـس هـذا بمنزلة المشافهة بالتخيير؛ لأن مشافهة الزوج بذلك تقتضى الجواب وقد يرسل إليها بما لا ينتظر عنه جوابًا.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وفى هذا عندى نظر، فإن إخبار الرسول لها بالتمليك كإخبار الزوج، وقد يخبرها الزوج بالتمليك، ولا يقتضى بذلك جوابًا كالرسول.

وإنما يتعلق بذلك أنها قد تؤخر الجواب لتوصله إلى الزوج مع غير الرسول كما تريد أن تؤخره عن الزوج حتى ترسل به إليه. والصواب عندى أن توجيه القولين على ما فى تمليك الزوج.

مسألة: وهذا كله إذا قال لها: أمرك بيدك، وأما إن قال لها: أمرك بيدك إن شئت، أو إذا شئت، ففى كتاب ابن المواز: ذلك كله واحد، وذلك بيدها، وإن افترقا من المجلس قبل أن يقيد ذلك بجواب، وضعف هذا أصبغ فى «إن شئت».

فصل: وقوله لما قالت له: أنت الطلاق فى الثانية **«بفيك الحجر»**، إنكار للطلقة الثانية، وإنما سكت فى الأولى؛ لأن تمليكه يقتضيها، فلما زادت على ما اعتقد من الطلاق، أنكر ذلك عليها، فهذا حكم المناكرة أن يكون متصلاً بقولها على ما يجوز أن يكون جوابًا لقولها، قاله مالك فى المبسوط.

وجه ذلك أنه إنما يخبر بإنكاره عما اعتقده حين التمليك، فلا يحتاج إلى ارتياء ولا نظر، فإذا لم يجاوبها بالإنكار وسكت، فقد رضى بما أوقعته من الطلاق أو كان سكوته بمعنى الإقرار منه أن ذلك هو الذى ملكها، فلذلك لم يجز أن يتأخر إنكاره عن قولها.

قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: ليس مناكرة بعد المجلس، ولا يدخل فى ذلك من اختلاف قول مالك ما روى عنه فى التمليك: لها أن تقضى بعد المجلس ما لم يوقف أو تمكن من نفسها، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا كان حاضرًا معها، مخاطبًا لها، وإن كان أنفذ إليها بالتمليك، فإذا بلغه أنها قد زادت على طلقة، ففى المبسوط عن مالك: إنما يكون ذلك عندما يبلغه أنها قضت بأكثر من واحدة، فإن صمت، لزمه ما قالت. ووجه ذلك ما تقدم.

فصل: وقوله فى الثالثة: **«بفيك الحجر»**، إنكار لها أيضًا، **«فاختصما فى ذلك إلى مروان بن الحكم، فاستحلفه ما ملكها إلا واحدة، وردها إليه»**، يريد أنها كانت رجعية، فجعل له أن يرتجعها، فتكون عنده على ما بقى من طلاقها، فكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء لما فيه من وجه الصواب، ويراه أحسن ما سمع فيه من قول من يجعل إليها إيقاع الثلاث، وقول من يجعل واحدة بائنة.

وأما قول من حدث بعد ذلك أنه لا يكون تمليكًا حتى يقول: أردت به الطلاق، فإنه خارج عن تلك الأقوال التي اختار منها، وبالله التوفيق.

* * *

ما لا يبين من التمليك

١١٥١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا خَطَبَتْ عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ قَرِيبَةَ بِنْتَ أَبِي أُمَيَّةَ، فَزَوَّجُوهُ، ثُمَّ إِنَّهُمْ عَتَبُوا عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَقَالُوا: مَا زَوَّجْنَا إِلا عَائِشَةَ، فَأَرْسَلَتْ عَائِشَةُ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَجَعَلَ أَمْرَ قَرِيبَةَ بِيَدِهَا، فَاخْتَارَتْ زَوْجَهَا، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طَلاقًا.

الشرح: قوله: «**أنها خطبت قريبة بنت أبى أمية على عبد الرحمن، فزوجوها منه، ثم إنهم عتبوا عليه في أمر**»، يريد أنهم وجدوا عليه في أمر خالفهم فيه، فقالوا: «**ما زوجنا إلا عائشة**»، يريد أنهم إنما وثقوا بفضلها، وأنها لا ترضى لهم بأذى، ولا تسوغ أخاها الإضرار بهم في وليتهم فأرسلت عائشة بذلك إلى عبد الرحمن لعلها أرادت أن تصرفه، وتستنزله عن المعنى الذي عتبوا عليه من أجله، ولعله كان نكاحًا عليها أو تسريًا أو إيثارًا.

فصل: وقوله: «**فجعل عبد الرحمن أمر قريبة بيدها**»، يريد ملكها أن تبقى عنده على الأمر الذي عتبوا عليه من أجله أو تطلق نفسها إن شاءت، وفي ذلك إزالة ملامتهم عن عائشة، «**فاختارت قريبة، وهي المملكة، زوجها، فلم يكن ذلك طلاقًا**»، يريد أنه لم يحكم به عليهما، ولا أفتاهما به من كان يفتي في الوقت، ولا رآه منهم من كان من أهل الاجتهاد كعائشة وغيرها، وعلى هذا الجمهور.

١١٥٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمُنْذِرِ بْنَ الزُّبَيْرِ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فَلَمَّا قَدِمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ، قَالَ: وَمِثْلِي يُصْنَعُ هَذَا بِهِ، وَمِثْلِي يُفْتَاتُ عَلَيْهِ، فَكَلَّمَتْ عَائِشَةُ الْمُنْذِرَ بْنَ الزُّبَيْرِ، فَقَالَ الْمُنْذِرُ: فَإِنَّ ذَلِكَ بِيَدِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فَقَالَ

١١٥١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٣٢.

١١٥٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٣٣.

عَبْدُ الرَّحْمَنِ: مَا كُنْتُ لأرُدَّ أَمْرًا قَضَيْتِهِ، فَقَرَّتْ حَفْصَةُ عِنْدَ الْمُنْذِرِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طَلاقًا.

الشرح: قوله: **«إن عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام»**، يحتمل أمرين، أحدهما: أنها باشرت عقدة النكاح. ورواه ابن مزين، عن عيسى بن دينار، قال: وليس عليه العمل، يريد عمل أهل المدينة حين كان بها عيسى؛ لأن مالكًا وفقهاء المدينة لا يجوزون نكاحًا عقدته امرأة، ويفسخ قبل البناء وبعده على كل حال.

والوجه الثاني: أنها قدرت المهر وأحوال النكاح، وتولى العقد أحد من عصبتها، ونسب العقد إلى عائشة لما كان تقريره إليها.

وقد روى عن عائشة أنها كانت تقرر أمر النكاح، ثم تقول: اعقدوا، فإن النساء لا يعقدن النكاح، وهذا هو المعروف من أقوال الصحابة، أن المرأة لا يصح أن تعقد نكاحًا لنفسها، ولا لامرأة غيرها، وقد تقدم الكلام فى ذلك.

مسألة: وأما عقد نكاح حفصة، وأبوها غائب، وهى بكر، فإن مذهب مالك أنه لا يجوز أن يعقد نكاح بكر ذات أب غير أبيها، وإن كان غائبًا، إلا أن يكون قد غاب غيبة انقطاع. قال ابن حبيب، عن مالك: لا ترجى رجعته.

وفى المدونة: مثل من يخرج من مصر غازيًا إلى الأندلس وإفريقية أو طنجة، فهذه تزوج، قاله ابن القاسم، ورواه على بن زياد عن مالك.

قال القاضى أبو محمد: إذا كان استئذانه يتعذر، وهى عانس بالغ، وقال عبد الملك: لا تزوج حياة الأب.

وفى العتبية من رواية يحيى بن يحيى، عن ابن وهب: أنه إذا قطع نفقته عنها وأطال غيبته، زوجت، وإن جرت عليها نفقة الأب لم تزوج إلا بإذنه. ولأبى العباس الأبيانى فى حد البعد فى العتبية: أن تكون فى موضع لا ينفذ فيه حكم الابنة، فإن كان بموضع ينفذ فيه كتبه، لم تزوج عليه.

قال القاضى أبو محمد: فوجه قول مالك أن غيبة الأب إذا طالت، وانقطع عنها، أضر ذلك بها، فجرى مجرى عضلها، ولو كان الأب حاضرًا أو عضلها وعلم أنه يقصد الإضرار بها، لزوجها عليه الحاكم، فكذلك مع طول الغيبة.

ووجه قول عبد الملك أن الولاية باقية للأب لا تسقط بغيبته، فلم يكن لغيره أن يزوجها.

ووجه قول ابن وهب أن المراعى فى ذلك إزالة الضرر عنها، وهذا موجود مع انقطاع النفقة، ومعدوم مع إدامتها.

فإما أن تكون عائشة رأت غير هذا، وإما أن يكون معناه أن عبد الرحمن قد كان وكل من يعقد هذا النكاح، فعقد على أدنى من المهر الذى كان يعتقد هو أن يبذل لمثله، أو وكل من يعقده على الإطلاق دون تعيين، إلا أنه ظن أن ذلك يقوم له مقام التعيين، وذلك أن البكر ذات الأب أو الوصى، ليس لها أن ترضى بأقل من مهر مثلها.

وأما الثيب، ففى المدونة: لا يجوز لها ذلك، وقيل: إن ذلك جائز لها، ويحتمل أن يكون لم يعين الزوج وظن أنه يعدل به عن مثل المنذر إلى مثل عروة أو عبد الله ممن كان أفضل من المنذر.

فلذلك أنكر أن يصنع به مثل هذا أو يفتات عليه، ولذلك احتاج المنذر أن يجعل الأمر بيده، ولو لم يكن النكاح لازمًا لما احتاج إلى ذلك، ولو كان النكاح فاسدًا، لا يجوز أن يقر عليه.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ويحتمل عندى أن يكون العاقد لنكاح حفصة بنت عبد الرحمن أخوه أو ابنه، وإن كان قائمًا بأمره.

ففى المدنية من رواية عيسى، عن ابن القاسم فى الرجل يزوج أخته البكر، وأبوه غائب، إن كان القائم بأمره، فأجازه أبوه، جاز، وإن كانت ثيبًا، جاز على كل حال.

وروى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن نافع فى الرجل يكون الناظر فى عيال أخيه أو أبيه والقائم له فى حوائجه المفاوض له فى أموره، فتغيب الأب فتزوج ابنته أو أمته بوجه الصحة والنظر لهن: إذا أجازه الغائب إذا قدم، جاز.

ونحوه فى المدونة عن مالك، إلا أنه لم يذكر الغيبة، وإنما جاز أن يجوزه الأب بعد طول الغيبة؛ لأنه موقوف على الفسخ، والله أعلم.

فعلى هذا إن كان عاقد نكاح حفصة ابنًا لعبد الرحمن أو أخًا له، إن كان فى حياة محمد بن أبى بكر أو غيره من عصبتها ممن كان القائم بأمره، والناظر له، فإنه مما يجوز إذا أجازه عبد الرحمن.

وقد قال ابن القاسم فى المدونة: الأخ والجد فى ذلك بمنزلة الأب. قال محمد بن المواز: كما زوجت عائشة بنت أخيها، فرضى. قال مالك: وذلك لمكانها من رسول الله ﷺ، وقد وكلت عائشة رجلاً على العقد، وهذا إذا كانت بكرًا، فإن كانت ثيبًا، فذلك جائز لازم، وإن لم يجوزه عبد الرحمن، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فكلمت عائشة المنذر فى ذلك**»، يريد أنها أعلمته أنه سخط بعض الأمر، فجعل الأمر إليه ليزيل عن عائشة، رضى الله عنها، لوم عبد الرحمن لأجل ذلك الافتيات عليه، فامتنع عبد الرحمن من إبطال النكاح تسليمًا لما رأته عائشة واختارته.

وقوله: «**ما كنت لأرد أمرًا قضيته**»، على ما تقدم من إضافة الأمر إليها لما كان منها من توليه وتقريره.

١١٥٣ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَأَبَا هُرَيْرَةَ سُئِلا عَنِ الرَّجُلِ يُمَلِّكُ امْرَأَتَهُ أَمْرَهَا، فَتَرُدُّ بِذَلِكَ إِلَيْهِ، وَلا تَقْضِي فِيهِ شَيْئًا، فَقَالا: لَيْسَ ذَلِكَ بِطَلاقٍ.

١١٥٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا مَلَّكَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ أَمْرَهَا، فَلَمْ تُفَارِقْهُ، وَقَرَّتْ عِنْدَهُ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِطَلاقٍ.

الشرح: كرر مالك، رحمه الله، فى هذه المسألة القول، وكثر من الآثار لمخالفة ربيعة فى ذلك، يذكر أن رد المملكة التمليك لا يقتضى طلاقًا.

قال: ولا يوجبه، ولو أوجبه لكان نفى التمليك يقتضيه، ولما وجب أن تسئل المرأة بعد ذلك، ولا يقتضى منها قبول ولا رد، وترك فى هذه الآثار حكم الساكتة التى لم تقبل ولم ترد، وقد بينا فيه من القول ما يغنى عن إعادته.

قَالَ مَالِك فِي الْمُمَلَّكَةِ إِذَا مَلَّكَهَا زَوْجُهَا أَمْرَهَا ثُمَّ افْتَرَقَا وَلَمْ تَقْبَلْ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا، فَلَيْسَ بِيَدِهَا مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ، وَهُوَ لَهَا مَا دَامَا فِي مَجْلِسِهِمَا.

الشرح: قوله: «**إنهما إذا افترقا، ولم تقبل، فليس بيدها من ذلك شىء**»، هذا قوله الأول، واختاره ابن القاسم. وقد رجع عن هذا القول إلى أن لها ذلك ويوقفها السلطان. قال أشهب: وإنما قال ذلك القول مرة، ثم رجع إلى أن لها ذلك وثبت عليه.

١١٥٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٤.

١١٥٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٥.

وقد روى يحيى بن يحيى القول الأول فى الموطأ، وهو من آخر من روى عنه، وهذا يدل على أن مالكًا كان يترجح فيه فى أوقات الفتوى، وأبقى فى موطئه قوله الأول، فلم يغيره.

مسألة: فإن اختلفا بعد القيام من المجلس، فقالت الزوجة: قد قضيت بالطلاق، وقال الزوج: ملكتك، ولم تقض شيئًا، ففى المدونة من رواية ابن القاسم، عن مالك: أن القول قولها حين أقر لها بالتمليك.

وهذا مبنى على أن لا خيار لها بعد المجلس، لكنه إذا أقرها بالتمليك، لم يكن له إبطاله بدعوى أنها لم تقض بالطلاق كالأجنبى يوكله على الطلاق، ثم يدعى أنه لم يطلق.

وأما على القول بأنه لا يحتاج أن يدعى القضاء فى المجلس؛ لأن لها أن تقضى الآن بالطلاق إلا أن يدعى عليها الرد، فإن ادعى عليها الرد كان القول قولها، والله أعلم.

* * *

الإيلاء

١١٥٥ – مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِى طَالِبٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِذَا آلَى الرَّجُلُ مِنِ امْرَأَتِهِ، لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ طَلاقٌ، وَإِنْ مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ حَتَّى يُوقَفَ، فَإِمَّا أَنْ يُطَلِّقَ، وَإِمَّا أَنْ يَفِيءَ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

١١٥٦ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: أَيُّمَا رَجُلٍ آلَى مِنِ امْرَأَتِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ، وُقِفَ حَتَّى يُطَلِّقَ أَوْ يَفِيءَ، وَلا يَقَعُ عَلَيْهِ طَلاقٌ إِذَا مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ حَتَّى يُوقَفَ.

الشرح: قال ابن الماجشون فى المبسوط: الإيلاء: اليمين، فمن حلف، فقد آلى.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا كما قال أن الإيلاء فى اللغة هو

١١٥٥ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٦.

١١٥٦ – أخرجه البخارى فى الطلاق ٥٢٩١. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٤٩٢٠/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٧.

اليمين. وقال أبو إسحاق الزجاج: يقال آليت أولى إيلاء وألية.

وقال المفضل: الإيلاء اليمين يقال آلى يولى إيلاء، والاسم الألية، ولذلك قال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه   وإن ندرت منه الألية برت

وقال الأعشى فى القصيدة التى مدح بها النبى ﷺ:

فآليت لا أرثى لها من كلالة   ولا من وجى حتى تلاقى محمدا
نبى يرى ما لا يرون وذكره   أغار لعمرى فى البلاد وأنجدا

معناه أقسمت، إلا أنه مستعمل فى الشرع فى القسم على الامتناع من وطء الزوجة، قال الله تعالى: ﴿**للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر**﴾ [البقرة: ٢٢٦]، فقال تعالى: ﴿**يؤلون من نسائهم**﴾، وتقديره، والله أعلم، يقسمون على الامتناع من نسائهم؛ لأنه لا يقال آليت من كذا، وإنما يقال آليت على كذا، وآليت لأفعلن كذا، ولا فعلت كذا، لكنه لما كان معناه آلى ليمتنعن من امرأته، وكثر استعماله، حذف ذلك لدلالة الكلام عليه، وقيل آلى من امرأته، حكى هذا الفضل بن مسلمة عن بعض النحاة. وقال الفراء: إن «من» هنا بمعنى «على» أى يؤلون على نسائهم.

فصل: وقوله: «**إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق، وإن مضت أربعة أشهر حتى يوقف**» المشهور من مذهب على، رضى الله عنه، أن الإيلاء إنما يكون فى الغضب دون الرضا، وإنه إذا حلف فى الرضا، لم يكن موليا.

والذى عليه جمهور الفقهاء أنه يكون موليًا؛ لأنه حلف يمين تلزم على الامتناع من وطء زوجته أزيد من أربعة أشهر بحال الغضب، ولأن للزوجة حقًا فى الوطء، فليس له أن يحلف على الامتناع به.

مسألة: وهذا إذا كان ممن يستطيع الوطء، وكانت الزوجة لها حق فى الوطء، فإن كان ممن لا يستطيع الجماع كالشيخ الكبير، ففى المبسوط عن ابن القاسم: لم يسمع من مالك فى ذلك شيء ورأيه أنه لا يحلف، وإنما الإيلاء على من يستطيع الجماع.

وأما من لا يستطيعه، فلا يلزمه حكم الإيلاء كالخصى، وكالذى يقطع ذكره بعد الإيلاء، فليس على واحد منهم توقيت.

وروى ابن حبيب، عن أصبغ أنه قال فى الخصى: إن إيلاءه لازم ويوقت على سنة أجل الإيلاء؛ لأن لها منفعة يلتذ بها من مباشرة وغيرها.

مسألة: وإذا آلى الصبى الذى لم يبلغ الحلم، فلا يلزمه الآن، ولا بعد البلـوغ، وليس بمول.

ووجه ذلك أن الإيلاء يمين، والأيمان لا تنعقد منـه. قـال ابـن القاسـم فـى المبسـوط: وكذلك من آلى من صغيرة، فلا شىء عليه حتى تبلـغ حـد الـوطء، فمـن يومئـذ يكـون أجل الإيلاء عليه؛ لأن هذا الحالف كبير يلزمه اليمين.

وإنما سقط عنه حكم الإيلاء، والتوقيت لما حلف على من لا حق لها فى الاستمتاع، فلما بلغت حد الوطء، وصار لها حق فيه، لزمت اليمين المتقدمة، وكان أجل الإيلاء من يوم ثبت لها فى الوطء حق، والله أعلم.

* * *

باب الإيلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الحالف بها شىء كالحالف بالله أو بصفة من صفاته

قال ابن المواز: مثل أن يحلف بسلطان الله أو بقدرته أو بذمته أو برحمتـه أو بنـوره أو بحمده أو شأنه. زاد فى المبسوط، عن ابن الماجشون: أو عظمته، وعـن ابـن القاسـم: أو بجلال الله أو بشىء من صفاته.

ووجه ذلك أن هذه أيمان تلزم بها الكفارة، فثبت بها حكم الإيلاء، كقوله: لا والله، وبلى والله.

مسألة: فإن قال: أقسم بالله، أو أشهد بالله، أو أعزم بالله، ففـى المبسـوط عـن عبـد الملك: يكون موليًا، وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأنها يمين بالله، فإن قال: أحلف، أو أقسم، أو أشهد، أو أعزم، ولم يقل: بالله، قال: لا يدخل عليه به إيلاء، إلا أن يكون أراد بالله ونواه، فيكون يمينًا، ويكون موليًا، فى المدونة والمبسوط.

وقال ابن القاسم، عن مالك: أشهد، ولعمرى ليس بيمين، إلا أن يريد بالله، فيكـون موليًا. قال ابن القاسم: وأعزم أو أعزم على نفسى، عندى مثل قوله: أقسم.

والذى فى المدونة أن مالكًا قال فيمن يقول: أشهد أن لا أكلم فلانًا: لا شىء عليه. قال ابن القاسم: إلا أن يريد بذلك أشهد بالله، فيكـون يمينًـا، وكذلـك قـال مـالك فـى القائل: أقسمت أن لا أكلم فلانًا.

قال ابن القاسم: وكذلك أحلف أن لا أكلم فلانًا، يمين. قال: وليس قولـه: أعـزم أن

لا أكلم فلانًا يمين، فإن قال: أعزم بالله، فلا أشك أنها يمين، فإن قال: أعزم عليك بالله، فليست بيمين، وهو عندى بمنزلة قولك: أسألك بالله لتفعلن كذا، فلم يفعل، فلا شىء عليه.

مسألة: وكذلك إن قال: علىَّ عهد الله وميثاقه، أو قال: علىَّ نذر، ذلك كله عن ابن القاسم فى المبسوط، ووجهه ما قدمناه.

مسألة: فإن حلف بالصيام أن لا يطأ امرأته، فقال: إن وطئتك، فعلىَّ صيام شهر أو سنة، فهو مول، وهكذا على ما يلزمه من حج أو طلاق أو عتق، وهو أحد قولى الشافعى، وقال فى الجديد: لا يكون موليًا إلا باليمين بالله تعالى.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: **﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾** [البقرة: ٢٢٦].

ودليلنا من جهة القياس أن هذه يمين، لزمه بها حكم، فثبت بها حكم الإيلاء. أصل ذلك اليمين بالله.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال فى المبسوط من رواية ابن القاسم، عن مالك: إن آلى منها بصيام، فهو مول. ومعنى ذلك بصيام غير معين، ولم يعين قلته من كثرته، وهذا يدل على أنه إذا آلى منها بصيام يوم واحد أنه يكون موليًا.

فرع: فإن قال: إن جامعتك، فعلىَّ صوم هذا الشهر الذى أنا فيه أو شهر بينه وبين آخر أربعة أشهر، فأقل، فإنه ليس بمول حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر، قاله ابن المواز وأكثره فى المبسوط.

مسألة: ومن آلى من امرأته بالصلاة إن وطئتك، فعلىَّ أن أصلى مائة ركعة. قال ابن القاسم فى المبسوط: هو مول، زاد فى المدونة، عن مالك: أو آلى بحج أو عمرة أو هدى أو عتق.

مسألة: ومن آلى بصدقة أو عتق عبد معين أو غير معين، فإن كان عبدًا معينًا، ولم يكن فى ملكه، فلا شىء عليه، وإن كان فى ملكه، لزمه الإيلاء، فإن باعه، زال عنه.

ووجه ذلك أن اليمين إنما تعلقت بعين العبد، فلما باعه أو وهبه لم يبق لليمين تعلق، فبطل حكمها، وصارت الزوجة غير مولى منها.

فرع: فإن استرجع العبد بشراء فى تفليس أو غيره، فقد روى ابن المواز أنـه قـال: لا تعود عليه اليمين. وقال ابن القاسم: تعود عليه اليمين، قاله مالك فى المبسوط.

وقال ابن الماجشون فى المبسوط: إن عاد إليه العبد بميراث أو اشتراه فـى فلـس ممـن كان عنده، أو باعه السلطان على الحالف فى فلس، ثم اشتراه لـم يرجـع عليـه الإيـلاء، ويرجع عليه إن باعه باختياره، ثم اشتراه ببيع البائع له باختيـاره لبعـد هـذه الوجـوه مـن التهمة.

ووجه القول الأول أن ذلك الملك قد زال ببيعه، فلا يعود حكمه بالرجوع إليه كمـا لو آلى بطلاق امرأة آخر ثلاثًا، فطلقها ثلاثًا، ثم تزوجها بعد زوج، فإن الإيلاء لا يعـود عليه.

ووجه القول الثانى أن خروج العبد من ملكه ورجوعه إليه بمنزلة تطليقة التـى حلـف بطلاقها واحدة، ثم يتزوجها قبل زوج أو بعده، فإن الإيلاء يعود عليه.

والوجه الأول أظهر؛ لأن الطلاق الذى بقى فيها بعد ارتجاعهـا، إنما هـو مـن حكـم النكاح الذى حلف له وملكه للعبد بعد أن باعه ليس من حكم الابتياع الأول، وإنما هـو حكم يثبت بالابتياع الثانى كما لو طلقها ثلاثًا، ثم تزوجها بعد زوج، فإن مـا ثبـت لـه فيها من طلاق إنما يثبت بالنكاح الثانى، فلذلك لم يتعلق به الإيـلاء المتقـدم عليـه، والله أعلم.

فرع: فإن كان العتق فى غير معين، فقال: إن وطئتك، فعلىَّ عتق عبيدى، فهو مول، فإن قال: إن وطئتك فكل مملوك أملكه مما استقبل حر، فقد قال مالك فـى المبسـوط: لا يعتق عليه شىء ممن يشتريه بعد يمينه، وهذا يقتضى أن يكون موليًا، وقد تقدم تعليله فـى الأيمان والنذر.

فرع: فإن قال: إن وطئتك، فكل عبد اشتريه من الفسطاط حر، قال مالك: من قـال كل عبد اشتريه من الفسطاط حر، فإنه يلزمه عتق مـن يشـتريه، ولكـن لا يكـون موليًـا بإيلائه بذلك حتى يشترى العبد، فإذا اشتراه وقع عليه الإيـلاء، وطـئ قبـل ذلـك أو لـم يطأ.

وقال سحنون: قال غيره: يكون موليًا؛ لأن كل من يقع عليـه الحنـث بـالفىء، فهـو مول، وهذا إذا وطئ امرأته، ثم اشترى بعد ذلك عبدًا مـن الفسـطاط، فإنـه يعتـق عليـه بالإيلاء. قال سحنون: وقد قال ابن القاسم مثله.

وجه قول ابن القاسم الأول أن هـذا حـال لا يلزمـه فيهـا شـيء بـالحنث، فلـم يكـن موليًا، أصل ذلك قبل الإيلاء.

ووجه القول الثانى ما احتج به سحنون من أن هذه اليمين بها يقع الحنـث عليـه، إذا حنث، وهذا يقتضى كونه موليًا، والله أعلم.

مسألة: ومن آلى بطلاق امرأة، فلا يخلو أن يولى بطلاق المولى منها أو بطلاق غيرهـا، فإن آلى منها بطلاقها، فلا يخلو أن يكون الطلاق الذى حلـف بـه بائنًـا أو رجعيًـا، فـإن كان بائنًا مثل أن يقول: إن وطئتك، فأنت طالق طلاقًا بائنًا، فهل يكون موليًا أم لا؟.

قال مالك: هو مول، واحتج على ذلك بأنها لو رضيت على البقـاء معـه دون وطء، لم يطلق عليه. قال ابن القاسم: وكذلك عندى فى كل ما لا يستطاع فعلـه، والـبر فيـه مثل أن يقول: والله لا وطئتك حتى أمسَّ السماء.

وقال ابن الماجشون فى المبسوط: هذا تطليـق عليـه مـن سـاعته تطليقـة واحـدة، ولا يترك معها إلى الأجل؛ لأنه ليس ممن يمكنه أن يفيء، ولا رجعة له؛ لأن رجعته توصله إلى الفيئة؛ لأن ما زاد من وطئه على مجاوزة الختان حرام، فلا يمكـن مـن وطء حـرام، واللـه أعلم.

وقد روى فى المدنية زياد بن جعفر، عن مالك: إذا قال: إن وطئتـك إلى أجـل كـذا، فأنت طالق بائنًا، وكان ذلك أجلاً طويلاً، فإنه يفرق بينهما إذا قامت به، ولا يضرب له أجل الإيلاء، وهذا مبنى على مذهب ابن الماجشون.

فرع: فإذا قلنا إنه مول لا يعجل عليه بـالطلاق، فقـد قـال مـالك: يطلـق عليـه عنـد الأجل. وفى المبسوط: قال مالك أيضًا: إن له أن يحنث فيها بالوطء، فتطلق عليه بالبتة.

فوجه القول الأول أن الفيئة ممنـوع فيهـا، وذلـك مبنـى علـى أن وطـأه محظـور، ولا يلزمها البقاء معه على الإيلاء، فوجب أن يقضى عليه بالطلاق.

ووجه القول الثانى أن هذه يمين معلقة بشرط، فلا يقع إلا بوجود ذلك الشرط، وهو مبنى على أن ذلك الوطء مباح غير ممنوع.

فرع: فإذا قلنا: له أن يطأ، فقد قال ابن القاسم: له أن يتمـادى حتـى تـنزل، وأحـب إلىَّ أن لا يفعل، فإن فعل لم يكن حرامًا. قال أصبغ: وذلك ما لم يحرج، فإن أحـرج لـم تكن العودة، قال: وقال ابن الماجشون: إذا التقى الختانان، قطع.

وجه القول الأول أنه على حكم الزوجية المبيحة للوطء قبل الحنث، فله أن يولج، ولا خلاف أن بالإيلاج يقع الحنث، إلا أن ذلك لا يمنع من الإحراج، وهو نوع من الوطء، فكذلك باقى الوطء حتى ينزل.

ووجه آخر أن لفظ الوطء الذى يقع به حنثه، ويتعلق به إيلاؤه إنما ينطلق غالبًا على الوطء التام دون الإيلاج.

ووجه قول ابن الماجشون أن اليمين فعل يتناول أقل أجزائه، ويقع الحنث بأيسر جزء منه كما يقع بجميعه، وذلك يقتضى أن الإيلاج يقع به الحنث، وبه يقع الطلاق الثلاث، فوجب أن يحرم عليه الباقى من وطئه؛ لأنه قد يصادف امرأة قد حرمت عليه بالثلاث.

فرع: فإن كان حلف بطلاق رجعى كالطلقة والطلقتين لمن له فيها أكثر من ذلك، فالذى قاله عبد الملك فى المبسوط: إنه إن أراد أن يطلق، وينوى بما زاد من وطئه على التقاء الختانين اللذين يقع به حنثه الرجعة، مكناه من ذلك.

فإن أبى من ذلك منع من الوطء؛ لأن باقيه بعد الحنث حرام، ومقتضى قول ابن القاسم على ما تقدم أن له أن يطأ، وإنما يحرم عليه استئناف وطء آخر، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون وأبى من الرجعة ببقية وطء، فقد قال ابن الماجشون: يطلق عليه، ولا رجعة له، مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها، قال: لأنه قد ترك تحقيق رجعته بأن ينوى ببقية وطئه الرجعة، وقد كان له فى غير المدخول بها أن يمكن من وطئها؛ لأن ما يقع به حنثه يكمل له دخوله.

مسألة: فأما إن حلف بالنبى أو الملائكة أو الكعبة، أن لا يطأها، أو قال: هو يهودى أو نصرانى أو زان، إن وطئها، فهذا ليس بمول، قاله مالك.

ومعنى ذلك عندى أنه أورده على وجه القسم. وأما لو أراد أنه مول بما قاله من ذلك أو من غيره، ففى المبسوط أن ابن القاسم سئل عن الرجل يقول لامرأته: لا مرحبًا، يريد بذلك الإيلاء، فقال: قال مالك: كل كلام نوى به الطلاق، فهو طلاق، فهذا والطلاق سواء.

مسألة: فإن حلف بالله أن لا يطأها، واستثنى، فقال: إن شاء الله، فإنه يكون موليًا، فإن وطئها، فلا كفارة عليه، فى رواية ابن القاسم، عن مالك. وقال ابن الماجشون فى المبسوط: ليس بمول.

وجه القول الأول أنه مبنى على أن الاستثناء لا يحل اليمين، ولكنها تؤثر فى إسقاط الكفارة، فما كانت يمينه فيه منعقدة، لزمه حكم الإيلاء، وإن لم تجب عليه بالمخالفة كفارة.

ووجه القول الثانى أن الاستثناء يحل اليمين، ويجعل الحالف كأنه لم يحلف، ولذلك لا يجب عليه بالمخالفة كفارة، والله أعلم.

مسألة: وإن حلف أن لا يجامعها سنة، وقال: أردت أن لا أساكنها فى هذه الدار سنة، ففى المبسوط عن ابن القاسم: له ذلك، وإنما يلزمه الإيلاء، إذا أتى بلفظ يمنع من الوطء، وإن لم يتناول الوطء، فإنه لا يكون به موليًا.

فإذا حلف أن لا يلتقى معها سنة، وكان هذا يمنع الوطء كان به موليًا، وهذا اللفظ يحتمل من التأويل ما يحتمل المجامعة، فحكمه إذا حلف بالله أن يصدق فى كفارة اليمين، ويقال له لابد من الخروج عن هذا اللفظ الذى ظاهره الامتناع من الوطء.

وقد قال مالك فيمن حلف أن لا يطأها، فقال لما وقف: إنما أردت أن لا أطأها بقدمى أنه يقال له جامعها حتى يعلم أنك تريد الإيلاء، وأنت فى الكفارة أعلم. قال ابن القاسم: والذى حلف أن لا يجامعها مثله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنها إن كانت يمينه بطلاق غيرها أن لا يصدق فى ذلك؛ لأن ظاهر لفظه يقتضى الجماع، والله أعلم.

مسألة: وقوله: **«ولم يقع عليه طلاق، وإن مضت الأربعة الأشهر»**، يرد أن ما زاد على الأربعة الأشهر، فهو مدة الإيلاء الشرعى، وبه قال الشافعى. وروى عن ابن عمر أنه قال: كل مدة مقدرة وإن طالت، فليست بمدة للإيلاء الشرعى، وإنما يكون إيلاء إذا علقه للأبد.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: **﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾**، ولم يفرق بين أن يكون إيلاؤه لمدة مقدرة أو مؤبدة، فهو على عمومه.

وقال أبو حنيفة: إن مدة الإيلاء أربعة أشهر، فما زاد، فلا خلاف بيننا وبينه فى الأربعة الأشهر، والكلام بيننا وبينه فى ذلك مبنى على أنه بنفس انقضاء المدة عنده يقع عليه طلقة الإيلاء، وعنده لابد أن يوقف بعد أربعة أشهر، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

مسألة: إذا ثبت أن مدة الإيلاء أربعة أشهر، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون إيلاء محضًا، يقتضى المنع من وطئها، كقوله: والله لا وطئتك أبدًا سنة، فهذا أول الأربعة الأشهر يوم يمينه.

والضرب الثانى: أن لا يتناول يمينه المنع من الوطء، ولكنها تؤدى إلى ذلك مثل أن يقول: أنت طالق إن لم أكلم فلانًا، أو إن لم أدخل الدار، فهذه اليمين لم تتناول تحريم الوطء، ولكنها تقضى إلى تحريم الوطء؛ لأنه لما كانت صورة حاله بعد اليمين صورة الحانث، وجب أن يمنع الوطء حتى يبر بأن يكلم فلانًا أو يدخل الدار.

وإذا امتنع من وطئها كان لها المطالبة بذلك؛ لأنه ممنوع من وطئها بسبب يمينه، فيضرب له أجل الإيلاء، وأول الأربعة الأشهر من يوم يرفعه إلى الحاكم، فيرى فى ذلك ضرب الأجل، ويضربه له، والله أعلم.

مسألة: ولو حلف، وقال: أنت طالق إن كلمت فلانًا، لم يمنع من وطئها، ولم يدخل عليه إيلاء؛ لأن حاله بعد يمينه حال بر؛ لأنه إن تمادى عليه كان بارًا أبدًا، والله أعلم، وهذا مذهب على وجماعة من الصحابة، وبه قال الشافعى.

وحكى أحمد بن المعذل، عن ابن الماجشون أنه قال: قال به مالك، وقال به فيما بلغنا بضعة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ.

وقال أبو حنيفة: بمضى الأجل تقع عليه طلقة واحدة. وروى ذلك عن ابن مسعود.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم**﴾ [البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧]. فوجه الدليل من الآية أنه عز وجل جعل الأربعة الأشهر حقًا لتربص الزوج، وما كان حقًا له لم يكن محلاً للحق الذى عليه، وهو الفيئة أو الطلاق كأجل الدين.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا لفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل، فلم يقع به طلاق مؤجل. أصل ذلك إذا حلف على الامتناع من وطئها أقل من أربعة أشهر.

فصل: وقوله: «**حتى يوقف، فإما أن يفىء وإما أن يطلق**»، يقتضى معنيين، أحدهما: طلب الزوجة له بذلك؛ لأنه حق من حقوقها؛ لأنها لو رضيت بالمقام معه على مقتضى يمينه، لم يكن لأحد عليها فى ذلك اعتراض، وليس على الإمام إذا لم تأته المرأة أن يرسل إليه، فيوقفه لعلها أن ترضى بذلك، قاله ابن أبى حازم فى المدنية.

مسألة: قال أشهب، عن مالك: وليس هو من ذلك في حل إلا أن تترك له ذلك، وقالت: لا حاجة لى بإيقافه، فهو حق تركته، إلا أن لها أن ترجع فيه متى شاءت، وإن طال الزمان، فيوقف لها مكانه. وقال أصبغ: وتحلف ما كان تركها على التأبيد إلا على أن تنتظر، ثم يوقف مكانه دون أجل.

وهذا الذى قاله أصبغ مخالف لقول مالك؛ لأن الصبر على الضرر لا يلزم الزوجة إذا كان مما يثبت له الخيار كالرضى بالأثرة.

مسألة: وهذا إذا كانت حرة، فإن كانت أمة، وأرادت الصبر على ترك الوطء، فللسيد إيقافه، رواه ابن القاسم، عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك ما احتج به أصبغ فى ثمانية أبى زيد أنه ليس للزوج أن يعزل عنها، وإن رضيت بذلك إلا بإذن السيد، فتركه جميعًا أشد أن لا يكون له ذلك، إلا بإذنه.

قال أصبغ: وإن رضى السيد بترك الوطء، ولم ترض بذلك الأمة، لم يكن لسيدها ذلك، وكان لها القيام، ومطالبة الزوج وتوقيفه؛ لأن لها حقًا فى ذلك.

فصل: والثانى أن ذلك إنما يكون عند الإمام أو الحاكم، فهو الذى يوقفه ويحكم عليه بما يؤديه إليه اجتهاده، فإنه حكم مختلف فيه، فإنما يجتهد فى إنفاذه من له ولاية حكم.

فإذا رأى التوقيف، فإن توقيفه إنما هو ليفىء إلى ما كان عليه قبل إيلائه، والفيئة الرجوع، قال الله تعالى: ﴿**حتى تفىء إلى أمر الله**﴾ [الحجرات: ٩]، أى ترجع أو تطلق إن امتنع من الفيئة؛ لأنه ليس له الإضرار.

وقد روى أن هذه الآية إنما نزلت فى المشركين، كان الرجل منهم إذا كره المرأة، وعنت عليها آلى منها، ثم يتركها معلقة، لا هى ذات زوج، ولا هى مطلقة، فتتزوج يريد بذلك الإضرار بها، فمنع الله من ذلك، وجعل للأزواج مدة أربعة أشهر فى تأديب المرأة بالهجر لقوله تعالى: ﴿**واهجروهن فى المضاجع**﴾ [النساء: ٣٤]، وقد آلى النبى ﷺ من نسائه شهرًا.

وقد قيل إن الأربعة الأشهر هى المدة التى لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثرها. وروى أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، كان يطوف ليلة بالمدينة، فسمع امرأة تنشد:

ألا طال هذا الليل واسود جانبه   وأرقنى إذ لا خليل ألاعبه

فوالله لولا الله تخشى عواقبه   لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني   وأكرم زوجي أن تنال مراكبه

فلما كان من الغد استدعى عمر تلك المرأة، فقال لها: أين زوجك، فقالت: بعثت به إلى العراق، واستدعى نساء، وسألهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر المرأة عن زوجها، فقلن شهرين، ويقل صبرها في ثلاثة، ويفقد صبرها في أربعة، فجعل عمر مدة غزو الرجل أربعة أشهر، فإذا مضت أربعة أشهر استرد الغازين، ووجه بقوم آخرين، وهذا والله أعلم، يقوى اختصاص أجل الإيلاء بأربعة أشهر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن لها رفعه ساعة تنقضي الأربعة الأشهر، وقد بقي من المدة التي تناولتها يمينه لمنع الوطء مدة، فروى أشهب، عن مالك في العتبية: إذا حل الأجل فرفعته، وقف مكانه، فإما فاء في مجلسه ذلك، وإلا طلقت عليه.

ووجه ذلك أن المدة المضروبة له التي فيها الخيار والارتياء والنظر والمشورة انقضت، فليس له أن يزاد أجلاً على ما ورد الشرع به؛ لأن ذلك إضرار بالمرأة.

مسألة: وللمرأة بعد التوقيف وامتناعه من الفيئة أن تصبر على ذلك قبل أن تطلق عليه.

ووجه ذلك أن توقيفها له ليس بطلاق، وكذلك امتناعه من الفيئة ليس بطلاق، وإنما يثبت الخيار للزوجة خاصة، فإن رضيت المقام على ذلك، وإلا كان لها المطالبة بالفراق.

فصل: وقوله: **«فإما أن يفيء، وإما أن يطلق عليه»**، يريد أن يفيء إلى الوطء الذي حلف على الامتناع منه، فإن أبى الفيئة، حكم عليه بالطلاق، سواء كان له عذر مرض أو سجن أو غير ذلك، لكن إيثاره بالطلاق يستوفى منه حال العذر، فوجب أن يحكم عليه بالطلاق.

مسألة: ومن ذا الذي يوقع الطلاق، الظاهر من المذهب أن الحاكم يأمر بإيقاع الطلاق، فإن أوقعه كان على حسب ذلك، وإن أبى من إيقاعه مع امتناعه من الفيئة، فقد قال مالك في المبسوط: إن الإمام يلزمه ذلك، طائعًا أو كارهًا.

وروى أحمد بن المعذل، عن ابن الماجشون: يأمره الإمام بطلاقها إن لم يرد الفيئة، فإن طلق وإلا طلق عليه الإمام.

فرع: فإن كان به عذر، فلم يف، ففي المدونة: يطلق عليه السلطان.

ووجه ذلك أن إيقاع هذا الطلاق معين عليه من جهة الحاكم لانقضاء أجل الإيلاء المقرر بالشرع، ولا يمنع ذلك من أن ترثه إذا مات فى عدتها.

فرع: فإن كانت حائضًا، ففى المدونة من رواية يحيى بن محمد السبائى، عن مالك: يطلق عليه، إن أبى من الفيئة وإن كانت حائضًا. وروى عن ابن القاسم: لا يطلق عليه حال الحيض فى شىء إلا فى الإيلاء. وروى أشهب، عن مالك: لا يطلق عليه حال الحيض، وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة: فإذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون الزوج المولى يوم انقضاء الأجل، وقيام الزوجة عليه غائبًا أو حاضرًا، فإن كان غائبًا غيبة قريبة كتب إليه فى ذلك الموضع ليفىء أو يطلق.

وإن كان غائبًا غيبة بعيدة، ففى المبسوط عن ابن الماجشون: إن كان غائبًا بعد انقضاء أجل الإيلاء، طلق عليه، ولا يجعل الإمام له أجلاً غير الذى جعل الله له، فليس له أن يحتال فى تغيير أجل الله تعالى.

فرع: فإذا قلنا إن فى الغيبة القريبة يكتب إليه بينه وبينها مسيرة شهرين، ففى المدونة عن مالك: لا ينفذ عليه الطلاق حتى يكتب إلى ذلك الموضع، فجعل الشهرين فى حيز القرب.

مسألة: وإن كان حاضرًا وأراد سفرًا بعيدًا، فقد قال ابن القاسم فى العتبية: إن أراد السفر قبل محل الأجل بيوم أو يومين، وقامت امرأته فى ذلك منعه الإمام من السفر حتى يحل الأجل، وإن أبى عرفه أنه يطلق عليه. فإن خرج وطلبت المرأة ذلك عند الأجل، طلق عليه، وإن لم ترفع خبره حتى سافر، لم تطلق عليه حتى يكتب إليه يفىء أو يطلق.

وقال ابن كنانة: إن كان مقرًا بالإيلاء، لم يحبس، وإذا حل الأجل، طلق عليه. وقال أصبغ فى العتبية: إذا أراد المولى سفرًا بعيدًا، قيل له: وكل من يفىء لك عند الأجل، أو يطلق عليك، ومن فيئة وكيله أن يكفر.

مسألة: فإن كانت حائضًا، وأراد الفيئة قبل ذلك منه، وعذر بحيضها فى باب الجماع كالمريض، رواه عيسى بن دينار، عن ابن القاسم وابن كنانة، وهو فى المدونة عن مالك.

مسألة: وإن كان غائبًا غيبة قريبة مما يكتب إليه فيها، فقال: أنا أريد الفيئة قبل ذلك منه، فإن كانت يمينه مما تكفر، استدل على صحة فيئته بأن يكفر عن يمينه.

قال مالك: ولم تعرف فيئته إلا بالكفارة، فإن كانت يمينه مما لا يمكنه أن يكفرها فى موضعه ذلك قبل منه فى الفيئة حتى يقدم، فإن وطئ، وإلا طلقت عليه.

مسألة: وإن كان حاضرًا مقيمًا، فلا يخلو أن يكون له عذر من سجن أو مرض أو تكون حائضًا، أو لا يكون له عذر، فإن كان عذر من مرض أو سجن، ففى المدونة من قول ابن أبى حازم وابن دينار، أن حكمه حكم المسافر، على حسب ما تقدم فى القريب الغيبة الذى يكاتب ويجيب إلى الفيئة.

وقال ابن الماجشون فى المبسوط: لا يوقف ويدعى إلى ما لا يقدر عليه، ولا يعجل عليه بطلاق، ولكنه يمهل ما دام لا يقدر على الفيئة للمرض أو السجن.

والقول المتقدم مبنى على جواز الكفارة قبل الحنث. وقول ابن الماجشون مبنى على منع التكفير قبل الحنث، وقد اختلف فى هذا قول مالك.

مسألة: فإن كانت حائضًا، لم يوقف لها حتى تطهر، قاله ابن الماجشون فى المبسوط. وقال ابن القاسم وابن كنانة فى المدنية: أنه يوقف، إلا إن فاء، فحكمه حكم المريض، وقد تقدم توجيه القولين.

فرع: فإذا قلنا تجزئه الكفارة قبل الحنث، فكانت الرقبة التى حلف بها معينة أو المال الذى حلف بصدقته معينًا، فإنها تجزئه، قاله مالك وابن القاسم.

فرع: فإن كانت الرقبة غير معينة، أو صدقة بقدر من المال غير معين، أو كانت يمينه بالله عز وجل، فكفر قبل الحنث، ففى الموازية عن مالك: تجزئه، وبعد الحنث أحسن. وفى المبسوط عن مالك: لا يبرئه ذلك من الإيلاء، حتى يطأ، لأنى أخاف أن يكون كفر عن غيرها.

وقال محمد بن يزيد فى الأحكام: وزوال حكم الإيلاء عنه، وأما فيما بينه وبين الله فيجزئه أن يكفر قبل الحنث.

ومعنى ذلك ما قاله مالك، رحمه الله تعالى، فيما تقدم، أنه إذا لم تكن كفارة الإيلاء معينة، جوزنا عليه قصد الإضرار، وأن يعتق ويكفر عن معين متقدم وجب عليه، ولا يكفر عن إيلائه، بل يبقيه إضرارًا لها، هذا وجه رواية المنع.

وأما رواية الجواز، فإنه أقصى ما يمكنه فى ذلك، والتهمة فى مثل هذا تبعد؛ لأنه إن كان له عذر، فالعذر وحده يمنع تعجيل الطلاق عليه، فكيف إذا قارنته الكفارة، وإن كان لا عذر له، طولب بالوطء الذى يصحح كون هذه الكفارة للإيلاء، والله أعلم.

مسألة: فإن كان مقيمًا خاليًا من عذر، فقال: أنا أفيء، ففاء بلسانه، وهو يقدر على الكفارة. قال مالك: يختبر المرة والمرتين، فإن فاء، وإلا طلق عليه.

مسألة: فإن كان أجل الإيلاء مما يضربه الحاكم وانقضى الأجل، ولم يفعل ما أدخل عليه الإيلاء، ففى المدنية من رواية زياد بن جعفر، عن مالك: إذا انقضى الأجل، ولم يقضه حقه، فرق بينهما، ولا يقبل منه أن يقول: غدًا أقضيه، وبعد غد أقضيه. ووجه ذلك أنه أجل للإيلاء كالمقدر بالشرع.

فصل: وقوله: «**فإما فاء، وإلا طلق عليه**»، والفيئة للمتمكن من الوطء، إنما هى بالوطء أو بالكفارة. فأما الوطء، فلا يجزئه منه وطء فى غير الفرج، ولا تقبيل، ولا ملامسة، قاله مالك.

وقد قال: إنه إن حلف أن لا يطأ امرأته، ولم ينو الفرج، فإنه يحنث إذا وطئ بين الفخذين، ولا خلاف أنه إذا أتى بما يحنث به، فقد بطلت يمينه، وإذا بطلت يمينه، لم يبق إيلاء، وما يمكن أن يتعلق به من أنه أراد الفرج، أو لم يرده مصروف إلى نيته، وهو أعلم بما يجب عليه فيه كفارة.

فأما فيما بينه وبين الزوجة، فلم يخرج عن حكم الإيلاء؛ لأنه يدعى أنه لم يرد الفرج، فلا تقبل نيته فى إسقاط حكم الإيلاء عن نفسه، وتقبل فى إيجابه الكفارة على نفسه، كما أنها لو كانت يمينه بالله، فكفر عن يمينه بزعمه لم يقبل ذلك منه فيما بينه وبين الزوجة، وبالله التوفيق.

١١٥٧ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَأَبَا بَكْرِ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانَا يَقُولانِ فِى الرَّجُلِ يُولِى مِنِ امْرَأَتِهِ: إِنَّهَا إِذَا مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ، فَهِىَ تَطْلِيقَةٌ، وَلِزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ مَا كَانَتْ فِى الْعِدَّةِ.

١١٥٨ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَانَ يَقْضِى فِى الرَّجُلِ إِذَا آلَى مِنِ امْرَأَتِهِ، أَنَّهَا إِذَا مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ، فَهِىَ تَطْلِيقَةٌ، وَلَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ مَا دَامَتْ فِى عِدَّتِهَا.

١١٥٧ – أخرجه السنن الكبرى ٣٧٨/٧. الأثر ٥٧٩. معرفة السنن والآثار ١٤٩٣٣/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٨.

١١٥٨ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٩.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ كَانَ رَأْىُ ابْنِ شِهَابٍ.

الشرح: أظهر مالك، رحمه الله، خلاف العلماء لما اختاره من التوقيف بعد الأربعة الأشهر، وأورد أقوال العلماء فى ذلك بخلاف ما اختاره بأن بانقضاء الأربعة الأشهر تقع تطليقة، سواء أراد الفيئة بعد ذلك أو لم يردها، وهذا فعل مثله من أهل الدين والفضل والتوسع فى العلم.

وذلك يقتضى ما حكى عنه شيوخنا أنه وإن كان يعتقد أن الحق فى أحد القولين، إلا أنه لا يقطع بأن اختياره هو الصواب، وإنما يعتقد أن ما اختاره هو الصواب، كما أن الحاكم يحكم بشهادة الشاهدين، وإن لم يقطع أنهما قد شهدا بالحق، لزمه الحكم به، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يُولِى مِنِ امْرَأَتِهِ، فَيُوقَفُ، فَيُطَلِّقُ عِنْدَ انْقِضَاءِ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ، ثُمَّ يُرَاجِعُ امْرَأَتَهُ، أَنَّهُ: إِنْ لَمْ يُصِبْهَا حَتَّى تَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا، فَلا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهَا، وَلا رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا إِلا أَنْ يَكُونَ لَهُ عُذْرٌ مِنْ مَرَضٍ أَوْ سِجْنٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْعُذْرِ، فَإِنَّ ارْتِجَاعَهُ إِيَّاهَا ثَابِتٌ عَلَيْهَا، فَإِنْ مَضَتْ عِدَّتُهَا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يُصِبْهَا حَتَّى تَنْقَضِىَ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ، وُقِفَ أَيْضًا، فَإِنْ لَمْ يَفِئْ دَخَلَ عَلَيْهِ الطَّلاقُ بِالإِيلاءِ الأَوَّلِ إِذَا مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ؛ لأَنَّهُ نَكَحَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، فَلا عِدَّةَ لَهُ عَلَيْهَا وَلا رَجْعَةَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من وقف بعد أجل الإيلاء، فيطلق، فإن له أن يراجع. وقال أبو حنيفة: طلاق المولى طلقة بائنة.

والدليل على ما نقوله أنه طلاق فى المدخول بها، عرا عن العوض، ولم يستوف العدة، فوجب أن لا يكون بائنًا. أصل ذلك سائر الطلاق.

فصل: وقوله: «**إن لم يصبها حتى تنقضى عدتها، فلا سبيل إليها، ولا رجعة له عليها**»، يريد أن إصابتها شرط فى صحة رجعته. وقال الشافعى: رجعته صحيحة، وإن لم يصبها.

والدليل على ما نقوله أنه إنما طلق عليه لامتناعه من الوطء مع بقاء الإيلاء، وهذا المعنى موجود فى حال الرجعة، فإذا كان يهدم النكاح الذى صح وتقرر حكمه، وثبت، فبأن يمنع صحة الرجعة أولى، وإنما يدعى بالرجعة للفيئة، فإذا أكذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة، بطلت الرجعة، ولم يثبت لها حكم.

مسألة: فلو كانت مستحاضة، فمضت بعد رجعتها أربعة أشهر، لم يوقف ثانية، وإنما ينتظر به انقضاء العدة، فإن وطئ فيها، وإلا بطلت رجعته، وإن كان بقى من مدة اليمين شىء، وإن انقضت مدة اليمين قبل العدة، صحت رجعته، وإن لم يطأها فى العدة، قاله مالك.

مسألة: فإن قال الزوج: قد وطئتها، وقالت الزوجة: إنه لم يطأها، فقد قال مالك: القول قول الزوج.

ووجه ذلك أنه متى ادعى الزوج الوطء، ليدفع به الفرقة، فالقول قوله كالمعترض.

فرع: ومعنى ذلك أن لا يكون له عذر، فإن كان له عذر من مرض أو سجن أو سفر، فإن رجعته ثابتة عليها، فإذا زال العذر بقدومه من سفره أو إفاقته من مرضه، أو انطلاقه من سجنه، فمكن منها وأبى الوطء، فرق بينهما، إن كانت العدة قد مضت، قاله مالك فى المدونة والمبسوط. وقال عبد الملك: وتكون بائنًا منه من يوم انقضت العدة.

ووجه ذلك ما قدمناه من مراعاة عذره، وأن يكون ما تقدم من الحكم فى ذلك مراعاة، فإن صدق عذره بالفيئة إذا أمكنه حكم بصدقه فيما مضى، وإن أكذب ما ادعاه من الفيئة، فالامتناع حين القدرة عليها حمل أمره على الكذب فيها، والرد، وأمضيت الأحكام على ما كانت تجب فى ذلك الوقت.

فرع: قال مالك: ولا عدة عليها الآن. قال ابن القاسم: وحمل ذلك عندى أن زوجها لم يخل بها فى العدة، فإن خلا بها فى العدة، فعليها عدة الأزواج، ولا رجعة له عليها فيها بمنزلة زوج خلا بزوجته وتقاررا على أنه لم يصبها، ثم طلقها، فإن عليها العدة للأزواج، ولا رجعة له عليها.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يُولِى مِن امْرَأَتِهِ، فَيُوقَفُ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ، فَيُطَلِّقُ ثُمَّ يَرْتَجِعُ، وَلا يَمَسُّهَا، فَتَنْقَضِى أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا: إِنَّهُ لا يُوقَفُ وَلا يَقَعُ عَلَيْهِ طَلاقٌ، وَإِنَّهُ إِنْ أَصَابَهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا كَانَ أَحَقَّ بِهَا، وَإِنْ مَضَتْ عِدَّتُهَا قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهَا، فَلا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهَا.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِى ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا طلق عليه لامتناعه من الفيئة، فارتجع فى العدة، فإنه لا يوقف مرة أخرى غير التوقيف الأول، ولا يطلـق عليـه طـلاق آخـر، وإنمـا يكـون أمـره مراعى، فإن مس فى العدة، صحت الرجعة، وبطل الإيلاء، لوجود الحنث فيـه، وإن لـم يطأ فى العدة مع ارتفاع الموانع، بطلت الرجعة.

وقال الشافعى: إن راجع في العدة، فمضت أربعة أشهر، ولم يطأ وقف مرة أخـرى، فإن فاء، وإلا طلقت عليه طلقة بائنـة، فـإن ارتجـع وفعـل، فحسـب ذلـك مـن التوقيـف والطلاق، حتى يكمل ما له فيها من الطلاق.

والدليل على ما نقوله ما يأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله.

مسألة: ولو أبى الفيئة، فطلقت عليه، فتزوجها بعد انقضاء العدة، فـأرادت أن توقفـه ثانية، فإن لها أن توقفه بعد أربعة أشهر من يوم يتزوجها الزواج الثانى.

وجه ذلك أن الإيلاء ينعقد قبل النكاح كما ينعقد فى الأجنبية، لكن الأربعة الأشـهر لا يعتد بها إلا من مدة الزوجية، فمن آلى من أجنبية، ثم تزوجها اعتد بأربعة أشـهر مـن يوم تزوجها، وهو من يوم يمكنـه الاستمتاع بهـا، ويجـب لهـا عليـه حـق الزوجيـة مـن الجماع وغيره.

فأما قبل ذلك، فإنه لا يجوز وطؤها، ولا يتعلق لهـا عليـه بذلـك حـق، فـإذا طلقهـا، وخرجت العدة بطل حكم الأربعة الأشهر؛ لأن المطالبة بالوطء لا تصـح، فـإذا تزوجهـا بعد ذلك، عاد حكم الأشهر لما قدمناه.

فرع: فإذا لم يفئ بعد انقضاء الأشهر طلقت عليه، ولم يكن لـه عليهـا رجعـة؛ لأنـه طلاق فى نكاح، ثم يوجد فيه بناء، فوجب أن يكون بائنًا.

مسألة: ومن أبى الفيئة بعد انقضـاء الأشـهر، فطلقـت عليـه، فتزوجهـا بعـد انقضـاء عدتها، وقد بقى عليه من مدة يمينه أشهر، فلما تزوجته أرادت توقيفه.

قال مالك: ليس لها ذلك؛ لأن هذا نكاح مستأنف، وإنما عاد عليه الإيلاء من أولـه، فليس لها أن توقفه حتى تمضى أربعة أشهر منه، وهو باق على حكم يمينه، ولـو لـم يبـق من مدة يمينه إلا أربعة أشهر فأدنى، لم يكن عليه إيلاء، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُولِي مِن امْرَأَتِهِ، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا، فَتَنْقَضِي الأَرْبَعَـةُ الأَشْـهُرِ قَبْـلَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الطَّلاقِ، قَالَ: هُمَا طلقتان إنْ هُوَ وُقِفَ، وَلَـمْ يَفِـئْ، وَإِنْ مَضَـتْ عِـدَّةُ

الطَّلاقِ قَبْلَ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ، فَلَيْسَ الإيلاءُ بِطَلاقٍ، وَذَلِكَ أَنَّ الأَرْبَعَةَ الأَشْهُرِ الَّتِي كَانَتْ يوقف بَعْدَهَا مَضَتْ، وَلَيْسَتْ لَهُ يَوْمَئِذٍ بِامْرَأَةٍ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن المولى منها يصح إيقاع الطلاق عليها؛ لأنها زوجة ولا يبطل طلاقه حكم الأشهر؛ لأنه طلاق رجعى يلحق فيه الطلاق والظهار، فلحق فيه حكم الإيلاء، فإذا انقضت الأشهر، وهى فى عدتها، أنها توقفه إن شاءت، وإذا كان لها أن توقفه، فإن فاء فحكم الفيئة أن يرجع فيطأ.

فإن لم يفعل ذلك طلقت عليه بالإيلاء، وكانت مع الطلقة التى أوقعها تطليقتين على ما ذكر. قال فى المبسوط: فإذا أوقفه الإمام، فلابد أن يفىء أو يطلق بعد، ولا يجزى عنه ما مضى من الطلاق، والله أعلم.

مسألة: وقوله: «**فإن مضت عدة الطلاق قبل الأربعة الأشهر، فليس الإيلاء بطلاق**»، يريد أن الطلاق الذى أوقعه إن انقضت عدته قبل انقضاء الأشهر، فقد بطل حكم الأشهر؛ لأنها قد بانت منه، ولم يبق لها عليه حق مطالبة بوطء، ولذلك قال: «**وليست له بامرأة**»، يريد بذلك ما قلناه.

قَالَ مَالِك: وَمَنْ حَلَفَ أَنْ لا يَطَأَ امْرَأَتَهُ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا ثُمَّ مَكَثَ حَتَّى يَنْقَضِيَ أَكْثَرُ مِنَ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ، فَلا يَكُونُ ذَلِكَ إِيلاءً، وَإِنَّمَا يُوقَفُ فِي الإيلاءِ مَنْ حَلَفَ عَلَى أَكْثَرَ مِنَ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ، فَأَمَّا مَنْ حَلَفَ أَنْ لا يَطَأَ امْرَأَتَهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَدْنَى مِنْ ذَلِكَ، فَلا أَرَى عَلَيْهِ إِيلاءً؛ لأَنَّهُ إِذَا دَخَلَ الأَجَلُ الَّذِي يُوقَفُ عِنْدَهُ خَرَجَ مِنْ يَمِينِهِ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وَقْفٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن من حلف أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر فما دونها، لم يلزمه حكم الإيلاء. وقال أبو حنيفة: من حلف على أربعة أشهر فزائد، ألزمه الإيلاء.

وقال النخعى والحسن وابن سيرين: من حلف أن لا يطأ زوجته يومًا أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم تركها دون أن يطأها أربعة أشهر، فقد بانت منه بالإيلاء.

والدليل على صحة ما نقوله أن له تربص أربعة أشهر، فإذا انقضت العدة التى منعت يمينه من الوطء فيها قبل وقت التوقيف، لم يجب أن يوقف؛ لأن يمينه لم تتناول المنع من الوطء فى هذه المدة، فكان بمنزلة من لم يحلف، فلم يزل توقيفه.

ولذلك قال مالك: «**لأنه إذا جاء الأجل الذى يوقف عنده، خرج من يمينه**»، يريد أن المدة التى تناولتها يمينه، قد انقضت، فلم يكن عليه توقيف.

مسألة: ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يقضى غريمه حقه أو يفعل كذا، كان ذلك الفعل مما يقرر عليه، أو لا يقرر عليه، فهو مول فى ذلك كله، قاله مالك فى المبسوط.

ووجه ذلك عندى أنه قد حلف يمينًا يمنع وطأها، ولا يصل إلى ذلك إلا بحنث فيها، فوجب عليه حكم من عمل أو غرم مال كما لو حلف أن لا يطأها جملة. قال مالك فى المدنية: إذا زاد على الأربعة الأشهر وقف، فإما فاء، وإما طلق.

مسألة: ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يخرج إلى الحج أو إلى بلد يتكلف له سفرًا قريبًا أو بعيدًا، فقد قال ابن القاسم فى الذى يقول: والله لا أطؤك فى هذا المصر أو فى هذه البلدة، هو مول؛ لأنه قال: لا أطؤك حتى أخرج منها، فإذا كان خروجه يتكلف فيه المؤنة والكلفة، فهو مول.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن يرد به الانتقال والخروج بها إلى موضع تلحقه مؤنة ونفقة بالانتقال إليه.

وأما لو أراد به الخروج من نفس حاضرته إلى موضع يقرب منها كالخروج إلى جنته أو مزرعته القريبة، فهذا بمنزلة قوله: والله لا أطؤك حتى أكلم فلانًا، وفلان حاضر، وحتى أدخل الدار، والدار قريبة المكان منه.

فرع: فإن كانت مسافة السفر أكثر من أربعة أشهر، طلقت عليه عند انقضاء الأربعة الأشهر، ولم يخير، ولم ينتظر إذا طلبت ذلك.

مسألة: ومن حلف أن لا يطأ امرأته فى هذه السنة إلا مرة واحدة، قال ابن القاسم: لا يكون موليًا، ما لم يطأها، فإن وطئها، وقد بقى عليه من السنة أكثر من أربعة أشهر، فإنه يكون موليًا.

وروى عنه ابن المواز رواية ثانية: أنه إذا مضت له أربعة أشهر من وقت يمينه وقف، فإما أن يفىء، وإلا طلقت عليه. قال: وهذا أحب إلينا.

مسألة: ومن حلف أن لا يطأ امرأته كذا وكذا وطأة، روى عيسى، عن ابن القاسم: هو مول، وأجله من يوم حلف. ووجه ذلك أنه يحنث بوطئه واحدة منها.

قَالَ مَالِك: مَنْ حَلَفَ لامْرَأَتِهِ أَنْ لا يَطَأَهَا حَتَّى تَفْطِمَ وَلَدَهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَكُونُ

إِيلاءً، وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ، فَلَمْ يَرَهُ إِيلاءً.

الشرح: قوله: **«من حلف أن لا يطأ امرأته حتى تفطم ولـده، لا يكـون إيلاء»**، هـو قول مالك، وقد رواه عن على بن أبى طالب، رضى الله عنه.

ومعنى ذلك أنه ليس بالإيلاء الذى يثبت به حكم الإيلاء من توقيف الزوج عند انقضاء أربعة أشهر، وإن كان اسم الإيلاء يقع عليه؛ لأنه لا خلاف أنه حالف والحلف هو إيلاء، فبكل حالف مول من جهة اللغة، إلا أن المولى الذى يلزمه التوقيف هو الذى وجد منه الإيلاء الشرعى، هو قول مالك، وأحد قولى الشافعى، وله قول آخر: أنه مول ولا اعتبار برضاع الولد، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن الإيلاء الشرعى تعتبر فيه معان قررها الشرع من أن يكون الحالف، إنما قصد الإضرار بالزوجة فى ذلك؛ لأن الله تعالى قد منع من إمساك النساء على وجه الإضرار بهن، فقال عز وجل: **﴿ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا﴾** [البقرة: ٢٣١]، ويعرف ذلك، ويقضى عليه به، إذا لم يكن ثم وجه منفعة ولا مانع من الوطء، والحالف لا يطأ حتى يفطم ولده؛ لأن لولده منفعة فى ترك وطء أمه التى ترضعه.

ولذلك روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن فارس والروم تفعله»(*).

والغيلة عند مالك أن يطأ الرجل امرأته، وهى ترضع، فهو وإن كان لم ينه عنه قد نبه بقوله هذا على أنه مما يخاف ضرره، وإنما ترك النهى عنه على وجه من التوكيد؛ لأن ضرره ليس بلازم، وهذا إنما هو إذا كانت الأم ترضعه، ولو كانت لا ترضعه، وإنما يرضعه غيرها، لكان عندى حكمها حكم من لا ولد لها.

فإذا كان لتركه الوطء وجه منفعة، سقط عنه حكم الإيلاء المتعلق بالمضار، ولذلك قلنا إنه من منعه من وطئها مرض أو سجن أو مانع يعلم، سقط عنه حكم الإيلاء حتى يزول عنه ذلك المانع، والله أعلم.

مسألة: ومن حلف لامرأته التى ترضع ولده، أن لا يطأها سنتين، وقال: أردت بذلك كمال الرضاع، ففى المبسوط عن ابن الماجشون: ذلك له، ولا يلزمه توقيف.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٤٢. الترمذى حديث رقم ٢٠٧٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣٢٦. أبو داود حديث رقم ٣٨٨٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٤٩٤، ٢٦٤٩٥، ٢٦٩٠١.

ومعنى ذلك أنه مول؛ لأنه قد يتعلق يمينه بالضرر، إن مات ابنه قبل انقضاء السنتين أو فطم قبل ذلك، وإنما الذى لا يكون به موليًا من حلف أن لا يطأ حتى يفطم؛ لأنه لا يتعلق يمينه بالضرر على وجه.

وأما من ضرب لذلك مدة من الزمان، فحكمه ما تقدم بيمينه، فلزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر، ووزان مسألة الرضاع من مسألة المريض أن يحلف أن لا يطأ ما دام مريضًا، فهذا يجب أن لا يلزمه توقيف.

كما أن والد الرضيع لو حلف أن لا يطأ أكثر من عامين لعلم إضراره بيمينه، ولزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر من وقت يمينه، وتكون فيئته بالقول عند التوقيف يصدق ذلك فيئته عند انقضاء الرضاع.

فرع: فإن مات ابنه، وقد بقى من السنتين أكثر من أربعة أشهر، ففى المبسوط عن ابن الماجشون: يلزمه حكم الإيلاء من يوم موت ابنه، فإذا انقضت أربعة أشهر من ذلك اليوم، وقف.

ووجه ذلك أنه قد تبين أن يمينه تناولت الإضرار بالزوجة، فاعتد بمدة التربص له من يوم لم يبق ليمينه وجه غير الضرر، كما لو حلف أن لا يطأ أجنبية، ثم تزوجها لكانت مدة التربص من يوم تعلقت يمينه بالضرر، وكان لها حق المطالبة بالوطء.

مسألة: ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر، قال القاضى أبو محمد: وعرف ذلك منه، وطالت المدة، أن حكمه حكم المولى.

وقال مالك: لا يترك، وذلك إن لم يكن له عذر حتى يطأ أو يفرق بينهما. قال القاضى أبو محمد: يفرق بينهما من غير ضرب أجل.

ووجه ذلك عندى أنه ليس هناك مانع من يمين ولا غيرها، فلم يضرب له أجل تربص والمولى يمنعه اليمين التى تلزمه، فضرب له أجل أربعة أشهر ليرى، ويتسبب فى الخروج عن اليمين التى لزمته.

وقد قال مالك وأصحابه فى المريض يولى من امرأته: أنه يوقف عند انقضاء أربعة أشهر، فإن فاء بلسانه، أجزأه ذلك حتى يفيق.

والفرق بينه وبين والد المرضع أن والد المرضع لرضاع ولده غاية معلومة قد علق يمينه بها، فكأنه حلف على مدة الرضاع، والمريض ليس لمرضه مدة مؤقتة، فإذا علق يمينه بمدة تزيد على أربعة أشهر، فقد قصد الإضرار.

* * *

إيلاء العبد

١١٥٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ إِيلاءِ الْعَبْدِ، فَقَالَ: هُوَ نَحْوُ إِيلاءِ الْحُرِّ، وَهُوَ عَلَيْهِ وَاجِبٌ، وَإِيلاءُ الْعَبْدِ شَهْرَانِ.

الشرح: قوله: «**إيلاء العبد نحو إيلاء الحر، وهو عليه واجب**»، يريد أنه إيلاء الحر فى لزومه حكم الأيمان، واعتباره مدة التربص، والتوقيف عند انقضائها مع بقاء اليمين، فإن فاء، وإلا طلق عليه.

ووجه ذلك أن إيلاءه تعلق بالمنع من الوطء عاريًا عن العذر والمنفعة مدة تزيد على مدة التربص.

فصل: وقوله: «**وإيلاء العبد شهران**»، هو قول مالك، سواء كانت تحته حرة أو أمة. وقال أبو حنيفة: إيلاء العبد من الأمة شهران، ومن الحرة أربعة أشهر. وقال الشافعى: إيلاؤه منهما أربعة أشهر.

والدليل على ما نقوله ما استدل به القاضى أبو محمد أن مدة الإيلاء يتعلق بها حكم البينونة، فوجب أن لا يساوى فيه الحر العبد. أصل ذلك الطلاق.

مسألة: وإن آلى العبد، ثم عتق مكانه، بقى على حكم إيلاء العبيد، ولم ينتقل عن ذلك، بأن عتق بعد أن لزمه ووجب عليه كما أنه لو زنى فى حال الرق، ثم أعتق، لم ينتقل حده عن حد العبد إلى حد الحر.

* * *

ظهار الحر

الظهار، هو وصف المظاهر من يحل له وطؤها من زوجة أو أمة بأنها عليه كظهر أمه، وله فى الشرع ألفاظ وأحكام تختص به.

قال مالك فى المبسوط: الظهار يمين تكفر. وفى المدونة: إن مطلق الظهار ليس بيمين، وإنما يكون يمينًا إذا قال: إن فعلت كذا، فأنت علىَّ كظهر أمه، والظهار محرم، قاله القاضى أبو محمد.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم**

١١٥٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤٠.

إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرًا من القول وزورا﴾ [المجادلة: ٢]، ففى الآية دليلان، أحدهما: إنكار ما قالوا وتكذيبه. والثانى: أنه وصفه بأنه منكر وزور. قال القاضى أبو إسحاق: ومن ظاهر أدِّب؛ لقوله المنكر وألزمه.

مسألة: والظهار تحريم الوطء المباح من الزوجة والأمة، وهل يحرم عليه الاستمتاع بالقبلة والنظر والمباشرة وغير ذلك.

اختلف أصحابنا فى ذلك، فقال مالك فى المدونة: لا يقبل، ولا يباشر، ولا يلمس، ولا ينظر إلى صدر ولا شعر.

وفى المختصر الكبير: ولا إلى شىء منها، حتى يكفر. قال مالك: لأن ذلك لا يدعو إلى خير، ولا بأس أن يكون معها فى بيت إذا كان ممن يؤمن.

وفى التفريع لابن الجلاب: لا يقبل، ولا يباشر، ولا بأس أن ينظر إلى الرأس والوجه واليدين، وسائر الأطراف قبل أن يكفر.

ومن أصحابنا من حمل ذلك على التحريم كالوطء، وبه قال القاضى أبو محمد. ومنهم من حمله على الكراهية لئلا يدعو إلى الجماع، وبه قال الشافعى.

وقال عبد الملك فى المبسوط فى المتظاهر، يقبل ويباشر، وينظر إلى الصدر والشعر والمحاسن: إن ذلك على وجه الكراهية، لذلك كله كالتغيير فى الجماع الذى لا يحل لمن لم يكفر، نحو كراهيتهم القبلة للشاب الصائم، والملامسة.

وجه القول الأول ما احتج به الشيخ أبو بكر أن ذلك معنى طرأ على النكاح، منع الوطء من أجل تحريم حادث، فإنه يمنع الاستمتاع كله واللذة بقبلة وغيرها كالطلاق الرجعى، والاعتكاف، والإحرام.

ووجه القول الثانى أنها زوجة منع وطؤها لمعنى ليس لعبادة، ولا يفضى إلى بينونة، فلم يمنع الاستمتاع بغير الوطء كالحيض والعبادات التى تمنع الزوج من الاستمتاع إذا اختصت بالزوجة، فإنما يمنع الزوج منها ما يفسد على الزوجة عبادتها.

ولذلك لا يمنع من الاستمتاع بالنظر إليها، وليس فى الظهار شىء من ذلك، فإنما يمنع من ذلك فى حقه لئلا يحركه إلى مواقعة المحرم من الوطء.

فإذا قلنا إنه ينظر الوجه واليدين، فإن معنى ذلك أن ينظر لغير وجه الاستمتاع، يبين ذلك ما فى المدونة، قيل لمالك: أينظر إلى وجهها؟ قال: نعم، وغيره أيضًا قد ينظر إلى وجهها.

فرع: فإن قبَّل أو باشر، فقد قال سحنون: من قبَّل أو باشر في شهري الصيام عن كفارة الظهار، قطع ذلك التتابع. وقال أصبغ: لا يقطع ذلك التتابع، ورجع إليه سحنون، ويصح أن يكون القولان مبنيين على ما تقدم.

مسألة: فإن كان الظهار مطلقًا، فتحريمه مطلق لا يستباح إلا بعد الكفارة، وإن كان مقيدًا مثل أن يقول: أنت عليَّ كظهر أمي اليوم، فلا خلاف في ثبوت الظهار من اليوم، وهل يبطل بانقضاء اليوم أم لا؟ المشهور أنه باق بعد اليوم حتى يكفر كالطلاق، وقاله مالك في المبسوط.

قال ابن شعبان: يطؤها دون كفارة أحب إليَّ، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يتعلق به حكم الظهار.

ودليلنا أن هذا لفظ يحرم به الوطء، فوجب أن يكون تقييده كإطلاقه كالطلاق.

* * *

باب فأما ألفاظه فأصلها أنت عليَّ كظهر أمي

الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿**والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم**﴾ [المجادلة: ٢]، ثم قال: ﴿**والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٣]، فهذا اللفظ المستعمل يختص بأمرين، بالأم والظهر.

فإن عدل عن هذا اللفظ، فإنه يقع العدول عنه على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يعلق التشبيه بعضو من الأم غير الظهر. والثاني: أن يعلقه بظهر غير الأم. والثالث: أن يعلقه بعضو غير الظهر من امرأة غير الأم.

مسألة: فأما إن شبه امرأته بعضو من أمه مثل أن يقول: أنت عليَّ كرأس أمي، أو يقول كالبطن أو الفرج، أو القدم، أو الفخذ، أو العضد، ففي المدونة: يكون مظاهرًا في ذلك كله.

قال القاضي أبو محمد: ومن شبه امرأة ببعض أمه، فهو مظاهر خلافًا للشافعي في قوله: لا يكون مظاهرًا إلا بتشبيه بالظهر، ولأبي حنيفة قال: لا يكون الظهار إلا في تمثيله بعضو من أمه يحرم عليه النظر إليه.

والدليل على ما نقوله أنه عضو من ذات محرم أثبت لامرأته حكمه، فوجب أن يكون مظاهرًا كالظهر.

فرع: وإن أثبت للجملة حكم الجملة، فقال: أنت عليَّ كأمي، فقد قال مالك: هو مظاهر. قال الشيخ أبو القاسم: كانت له نية، أو لم تكن. قال ابن القاسم: وكذلك إذا قال لها: أنت أمي.

قال القاضي أبو محمد: خلافًا لأبي حنيفة والشافعي في قوليهما: إن لم ينو الظهار، فإنه محمول على البر والكرامة، وهذا يقتضي أن يكون مظاهرًا إن لم تكن له نية جملة. وأما إن كانت له نية الإكرام والبر، فيجب أن لا يكون مظاهرًا.

والدليل على ما نقوله أنه وجد منه تشبيه امرأته بأمه دون نية تصرف ذلك عن التحريم، فوجب أن يكون مظاهرًا، هذا أصل ذلك إذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي.

فرع: فإن قال لها: أنت عليَّ حرام كأمي، أو مثل أمي، أو كظهر أمي، حكى القاضي أبو محمد: أنه يكون ظهارًا، ولم يشترط نية. وفي العتبية وكتاب ابن المواز عن مالك: إنه مظاهر إن لم تكن نية له، خلافًا للشافعي وأبي يوسف ومحمد.

والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضي أبو محمد أنه قد أتى بصريح الظهار، وهو قوله: أنت عليَّ كظهر أمي، فلم يكن طلاقًا كما لو عراه عن لفظ التحريم.

فرع: وقوله: **«أنت عليَّ أحرم من أمي»**، إن لم ينو الطلاق، في العتبية والموازية عن مالك: هو مظاهر. وروى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم في قوله: أنت عليَّ أحرم من أمي، أنها البتة.

وقال عبد الملك بن الماجشون: في قوله: أنت عليَّ أحرم من أمي، أنه ظهار، وإن نوى الطلاق.

وجه قول مالك أن اللفظ يحتمل الطلاق، ويحتمل الظهار، إلا أنه في الظهار أبين؛ لأنه إنما استعمل تشبيه الزوجة بالأم في الظهار، فحمل على ما يصلح أن يراد به، فإذا عدمت النية، حمل على الأظهر.

ووجه قول ابن القاسم أن لفظ التحريم، يقتضي الطلاق البائن، والتشبيه بالأم يقتضي الظهار، وإذا تردد الحكم بين التغليظ والتخفيف حمل على أشدهما، كمن شك في طلقة أو ثلاث، فإنه يحمل على الثلاث.

ووجه قول عبد الملك أن التشبيه بالأم قرر الشارع به حكم الظهار، فلا يخرجه عن بابه لفظ التحريم؛ لأن المبتدئ بالظهار في أول الإسلام، إنما قصد التحريم، فحكم الله عز وجل فيه بالظهار، هذا الذي احتج به ابن الماجشون.

مسألة: وأما إذا علقه بظهر غير الأم مثل أن يقول: أنت عليَّ كظهر فلانة، فلا يخلو أن تكون المرأة المذكورة من ذوى محارمه، أو أجنبية، أو ممن يحل له وطؤها من زوجة أو أمة.

فإن كانت من ذوى محارمه، فهو مظاهر بذلك فى قول مالك، وإن كانت أجنبية، فقد قال مالك: هو مظاهر، كان لها زوج أو لم يكن لها زوج. وقال عبد الملك: يكون طلاقًا. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يكون طلاقًا، ولا ظهارًا.

قال القاضى أبو محمد: والدليل على صحة قول مالك أنه شبه امرأته بظهر محرمة عليه، فلزمه حكم الظهار. أصله إذا قال: كظهر أمه.

ووجه قول عبد الملك بالظهار إنما يتعلق بتحريم مؤبد، ولا يكون ذلك إلا برفع عقد الاستباحة، وذلك إنما يكون بالطلاق، وإن علقه بظهر من يحل وطؤها، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما إذا علق بغير الظهر من غير الأم، وذلك أن يعلقه بعضو غير الظهر، فيقول: أنت عليَّ كرأس فلانة أو يدها، فلا يخلو أن يضاف ذلك إلى ذات محرم أو أجنبية، فإن أضافه إلى ذات محرم بنسب أو صهر أو رضاع، فإن ذلك ظهار، فحكمه فى الظهار على ما تقدم، وكذلك الأجنبية.

* * *

باب

فأما من يظاهر منها، فإنه يثبت حكم الظهار من كل مَن يجوز للرجل وطؤها من زوجة، أمة أو حرة، مسلمة أو كتابية، أو ما تملك يمينه من أمة أو أم أو لد أو مدبرة، قاله فى المدونة. وفى المختصر الكبير: وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يكون الظهار إلا فى زوجة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**والذين يظاهرون منكم نسائهم**﴾ [المجادلة: ٢]. قال مالك فى المبسوط: والسرية من النساء.

ودليلنا من جهة المعنى أنه فرج مباح له، فجاز أن يتعلق به حكم الظهار كالزوجة. وفى المبسوط: سواء كانت صبية أو محرمة أو حائضًا أو رتقاء أو صائمة، فهو مظاهر منهن كلهن، قاله ابن القاسم.

مسألة: ولو كان له من الأمة شقص، لم يلزمه فيها ظهار، رواه ابن المواز. ووجه ذلك أنه لا يحل له الاستمتاع بها لنقص ملكه فيها.

قال الشيخ أبو القاسم: وكذلك حكم المكاتبة والمعتقة إلى أجل، وكل من لا يحل له الاستمتاع بها من الإماء، والله أعلم، وقاله ابن الماجشون فى المبسوط.

وجه ذلك أن من لا يحل له الاستمتاع بها لم يتعلق ظهاره بها كالأجنبية.

فصل: وقوله: «**ظهار الحر**»، يريد أن الحر المسلم المكلف الذى يقدر على الاستمتاع، يلزمه الظهار، سواء كان مالكًا لأمر نفسه أو كان محجورًا عليه. فأما المالك لأمر نفسه، فسنبين حكمه إن شاء الله تعالى.

وأما المحجور عليه، فإنه يلزمه الظهار؛ لأنه مسلم يقدر على الاستمتاع، ويصح منه الطلاق، فلزمه الظهار كالمالك لأمره.

مسألة: وأما الذمى، فإنه لا يصح ظهاره خلافًا للشافعى. والدليل على ما نقوله أن كل من لا يصح طلاقه، فإنه لا يصح ظهاره كالمجنون والصغير.

مسألة: وأما الخصى والمجبوب والعنين والشيخ الفانى، فقد روى ابن سحنون، عن أبيه: لا يلزمهم ظهار ولا إيلاء، وكذلك كل من لا يقدر على الجماع معناه، ولا يرجوه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن هذا مبنى على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء. وقد اختلف أصحابنا فى ذلك، فإذا قلنا إن الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء، وهو ممكن من جميعهم، وجب أن يلزمهم الظهار.

وإذا قلنا إنه ليس بمحرم لنفسه، وإنما هو ممنوع لئلا يكون داعية إلى الجماع، فلا يصح الظهار من المجبوب ولا الخصى ولا العنين؛ لأن الجماع لا يتأتى منهم.

وأما الإيلاء، فإنما يسقط عنهم حكم التوقيف للفيئة؛ لأنهم لا يستطيعون عليها، ولا يمكنهم فعلها ولا تركها، يبين هذا أن الشيخ الفانى لو تحامل وجامع لحنث فى إيلائه.

مسألة: فأما السكران، فإنه يلزمه الظهار، حكاه ابن القاسم فى المدونة، قال: لأن مالكًا قال: يلزمه الطلاق، فكذلك الظهار عندى، قال: ولا يلزم المعتدة ولا الصبى ظهار؛ لأن مالكًا قال: لا يلزمه الطلاق، وكذلك المكره.

وقال محمد فى الذى يفيق من سكره، فتقول له امرأته: تظاهرت منى حال سكرك، فيقول: لا علم لى بذلك، لا يقربها حتى يكفر.

١١٦٠ - مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ سُلَيْمٍ الزُّرَقِيِّ أَنهُ سَأَلَ الْقَاسِمَ ابْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَةً إِنْ هُوَ تَزَوَّجَهَا، قَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: إِنَّ رَجُلا جَعَلَ امْرَأَةً عَلَيْهِ كَظَهْرِ أُمِّهِ إِنْ هُوَ تَزَوَّجَهَا، فَأَمَرَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِنْ هُوَ تَزَوَّجَهَا أَنْ لا يَقْرَبَهَا حَتَّى يُكَفِّرَ كَفَّارَةَ الْمُتَظَاهِرِ.

الشرح: قوله: «**فى رجل طلق امرأة إن تزوجها**»، فجاوبه بما روى عن عمر بن الخطاب فى الظهار، يقتضى لزوم الطلاق عنده، وأنها تطلق عليه إن تزوجها.

وكذلك الظهار على حسب ما جاوب عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، فمن ظاهر من امرأة إن تزوجها، ثم تزوجها، لزمه الظهار، ووجب عليه أن يكفر قبل أن يمسها، وسيأتى بعد هذا مبيناً إن شاء الله تعالى.

١١٦١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلا سَأَلَ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ عَنْ رَجُلٍ تَظَاهَرَ مِنِ امْرَأَتِهِ قَبْلَ أَنْ يَنْكِحَهَا، فَقَالا: إِنْ نَكَحَهَا، فَلا يَمَسَّهَا حَتَّى يُكَفِّرَ كَفَّارَةَ الْمُتَظَاهِرِ.

الشرح: سؤاله عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها، يريد قال لها: إن تزوجتك، فأنت علىَّ كظهر أمى، فهذه التى لزمه التظاهر منها إن تزوجها. وأما لو قال: أنت علىَّ كظهر أمى، ولم يضف ذلك إلى تزوجها، لم يلزمه شىء.

وروى ابن مزين، عن عيسى بن دينار: أن معنى قول القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أن السائل كان قد قال: إن تزوجتك، وأما إن لم يقل ذلك، فلا ظهار عليه إذا تزوجها. وقال الشافعى والثورى: لا يلزمه ظهار فى الوجهين.

والدليل على ما نقوله أن هذا أضاف الظهار إلى حال الزوجية، فوجب أن يلزمه إذا وجدت الزوجية. أصله إذا قال ذلك لزوجته.

١١٦٠ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٤٣٥/٦، ٤٣٦. الأثر ١١٥٥٠. البيهقى فى السنن الكبرى ٣٨٣/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤١.

١١٦١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤٢.

مسألة: وقال مالك فى رجل ذكر له نكاح امرأة، فقال: هى أمى، فهو مظاهر.

ووجه ذلك أنه مستند إلى ما عرض عليه من أن تزوجها، فكأنه قال: إن فعلت ذلك، فهى أمى، وأما لو قال لها ذلك يريد أن يصفها بالكبر، فعندى أنه لا يلزمه بذلك ظهار ولا غيره.

فصل: وقوله: «**إن نكحها، فلا يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر**»، يريد، رضى الله عنه، أن بعقد النكاح تتعين عليه الكفارة لما وجدت منه العودة المصححة للكفارة قبل المسيس لقول عز وجل: ﴿**من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٣].

وأما لو كفر قبل أن يتزوجها، فإنه لا يجزئه؛ لأن العودة لا تصح منه، وهى شرط فى صحة الكفارة.

١١٦٢ – مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ فِى رَجُلٍ تَظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ نِسْوَةٍ لَهُ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ: إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إلا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ.

١١٦٣ – مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِثْلَ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا

الشرح: معنى ذلك أنه من قال لأربع نسوة له: أنتن علىَّ كظهر أمى، أنه متظاهر بهذا اللفظ من جميعهن، ويجزئه فى ذلك كفارة واحدة، خلافًا لأحد قولى الشافعى وأبى حنيفة؛ لأن يمينه واحدة، فلم يلزمه به إلا كفارة واحدة، كما لو حلف يمينًا واحدة، لا ألبس الثوب ولا آكل الخبز، ولا أدخل الدار، ثم حنث، لم تلزمه إلا كفارة واحدة، يدل على ذلك أنه لا يمكنه أن يحنث فى إحداهن دون الأخرى.

فرع: فإن وطئ واحدة منهن، فقد حنث فى جميعهن، ولم يجز له أن يقرب واحدة منهن حتى يكفر؛ لوجوب تقديم الكفارة على المسيس، فإن كفر عن واحدة منهن، فقد بطل حكم الظهار، وجاز أن يطأ سائرهن دون كفارة تلزمه، وإن لم ينو بكفارته إلا الأولى، قاله كله فى المدونة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنها يمين واحدة، فلم يجب عليه بها غير كفارة واحدة.

١١٦٢ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤٣.

١١٦٣ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤٤.

مسألة: ولو أفرد كل واحدة منهن بلفظ ظهار في مجلس أو مجالس، فيقول لإحداهن: أنت عليَّ كظهر أمي، ثم يقول للأخرى: وأنت عليَّ كظهر أمي، ثم يقول للثالثة كذلك، ويقول للرابعة كذلك، لوجب عليه لكل واحدة منهن كفارة كاملة بالعودة.

كمن حلف لا يأكل الطعام، ثم حلف لا يلبس الثوب، ثم حلف لا يدخل الدار، فحنث، لزمته بكل يمين كفارة كاملة.

مسألة: ومن قال لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمي، ثم قال لأخرى: أنت عليَّ مثلها، فقد قال ابن القاسم في المدونة: في كل واحدة منهما كفارة واحدة.

ووجه ذلك أنه قد أفرد كل واحدة منهما بظهار يخصها، لا يحصل به حانثًا في الأخرى.

مسألة: ومن قال لأربع نسوة: من دخلت منكن الدار، فهي عليَّ كظهر أمي، ففي المدونة عن ابن القاسم: عليه أربع كفارات إن دخلن كلهن الدار، في كل واحدة منهن كفارة، ولو قال: إن دخلتن الدار، فأنتن عليَّ كظهر أمي، فإنه لا يلزمه في جميعهن إلا كفارة.

ووجه ذلك أنه إذا قال: من دخلت منكن الدار، فهي عليَّ كظهر أمي، فقد أفرد كل واحدة منهن بحكم نفسها، ولذلك إن دخلت إحداهن الدار، لم يكن مظاهرًا في غيرها، ويكون مظاهرًا في التي دخلت خاصة، فثبت بذلك أن اللفظ يقتضي إفراد كل واحدة منهن بظهار يخصها، لزمت فيه كفارة واحدة.

وإذا قال لهن: إن دخلتن الدار، فأنتن عليَّ كظهر أمي، فإنه إن دخلت إحداهن الدار، ثبت حكم ظهاره من جميعهن، ولم يثبت له حكم الظهار عند الشافعي حتى يدخل جميعهن.

فقد وقع الاتفاق على أن لا ينفرد دخول واحدة منهن بظهار يخصها دون غيرها، فثبت بذلك أن هذه واحدة في جميعهن، واليمين الواحدة لا يجب بها غير كفارة واحدة.

فرع: وأما إذا قال: كل من دخلت منكن الدار، فهي عليَّ كظهر أمي، فالظاهر من المذهب أنها بمنزلة قوله: من دخلت منكن الدار، فهي عليَّ كظهر أمي، رواه ابن المواز. وفي العتبية من رواية ابن القاسم: أنه إن قال ذلك، فإنه تجزئه كفارة واحدة.

ويحتمل أن يريد بذلك أن حكم كل امرأة أتزوجها مخالف لحكم قوله: من تزوجت منكن، وأنه بمنزلة قوله: إن تزوجتكن، ويحتمل أن يريد أن الباب كله باب واحد لا يجب فى ذلك إلا كفارة، وما قدمناه أولاً أصح، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِى كَفَّارَةِ الْمُتَظَاهِرِ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤].

الشرح: قوله سبحانه وتعالى فى كفارة المتظاهر: **﴿فتحرير رقبة﴾** يقتضى أن الرقبة تجزئ فى كفارة الظهار، ولها صفات: الإسلام والسلامة. فأما الإسلام، فإنه لا يجزئ فى كفارة إلا رقبة مؤمنة. وأما الكافر، فلا يجزئ خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا يعتبر فيها الإسلام.

والدليل على ما نقوله أن هذه رقبة مخرجة على وجه الكفارة، فاعتبر فيها الإيمان ككفارة القتل، ويجزى فى ذلك الصغير والأعجمى على حسب ما تقدم فى كفارة الأيمان بالله تعالى.

ولو أعتق عن ظهاره منفوسًا، فلما كبر وجد أخرس أو مقعدًا أو أصم أو أبكم أو مطبقًا جنونًا، فقد روى فى العتبية محمد بن خالد، عن داود بن سعيد بن زيد: قد أجزأه؛ لأنه شىء يحدث، وكذلك فى المبيع لا يرد بهذا العيب.

مسألة: ومن قال: إن اشتريت فلانًا، فهو حر عن ظهارى، ففى الموازية عن ابن القاسم: تجزئه.

ووجه ذلك أنه لم يتعلق به عتق لغير الظهار، وإنما يتعلق به الظهار، فوجب أن يجزئه، وبذلك يخالف من قال: إن اشتريت فلانًا، فهو حر، ثم اشتراه عن ظهاره، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: لا يجزئه.

وذلك أنه قد تقدم له فيه عقد عتق لازم لغير الظهار. وفى مسألتنا لم يتقدم له فيه عتق إلا للظهار، فكان ذلك بمنزلة من يشترى عبدًا، ونيته أن يعتقه للظهار.

وروى ابن أبى زيد، عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها رقبة يعتقها عن ظهاره أو ثمنها: إن كان ذلك بشرط العتق، لم يجزه، وإن كان بغير شرط أجزأه؛ لأن هذا أيضًا قد شرط عليه عتقه للظهار من يملكه، فكأنه هو الذى أثبت فيه العتق دون المظاهر. وفى مسألتنا بخلافه؛ لأنه هو الذى أثبت فيه عتق الظهار.

مسألة: ومن أعتق عبدًا عن ظهاره، وهو إنما يملك نصفه، ففى الموازية عن ابن القاسم: يجزئه وتلزمه القيمة. قال أصبغ وسحنون: لا يعجبنى هذا، وليس أحد من أصحابه عليه.

وجه قول ابن القاسم أن ما لزمه من العتق فى النصف الثانى، إنما لزمه بسبب العتق الأول، فكان له حكمه، ألا ترى أنه إذا قال له: إن اشتريتك، فأنت حر عن ظهارى، فإنه قد لزمه عتقه، ومع ذلك فإنه إذا اشتراه أجزأه عن ظهاره.

ووجه القول الثانى أن العتق الثانى وقع بغير اختياره، ولم يقصد به العتق عن ظهاره، وإنما هو لتبعيض العتق، فلم يجزه. أصل ذلك إذا لزمه عتق عن جميعه ليمين أو غير ذلك.

مسألة: ولو كان له عبد، فأعتق نصفه عن ظهاره، ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار، فقد روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: أنه يجزئه. وروى ابن حبيب وابن الماجشون، عن أصبغ: لا يجزئه.

وجه القول الأول أنه مبنى على أصلين، أحدهما: أن العتق لا يمنع صحة تبعيضه. والثانى: أن لا يعتق الباقى بالسراية، وإنما يعتق بعتقه عليه إن أراد ذلك، أو يحكم عليه السلطان به إن أباه.

ووجه القول الثانى أنه مبنى على أنه لا يصح تبعيضه أو على أن النصف الثانى يعتق عليه بالسنة، وليس عتقه بموقوف على اختياره، فلا يجزئه.

مسألة: ومن أعتق عنه غيره عبدًا بغير علمه عن ظهاره، فإنه يجزئه عند ابن القاسم. وقال عبد الملك: لا يجزئه، وإن رضى بذلك بعد العتق. وقال أشهب: لا يجزى عن الحى، وإن كان بسؤاله ورغبته.

وجه قول ابن القاسم أنه معنى تجوز فيه النيابة؛ لأن طريقه المال، ولذلك يجوز أن يعتق عن الميت، وسلمه ابن الماجشون.

ووجه قول ابن الماجشون أنه لو باعه منه على أن يعتقه هو، لم يجز له ذلك، ولو وهبه إياه على أن يعتقه عن ظهاره لم يجزه، فكذلك إذا أعتقه عنه.

والفرق بينهما على قول ابن القاسم أنه قد ملك الواهب أو البائع العتق فى ذلك العبد قبل وقوعه، ولزم الموهوب له إيقاعه بالشرط، فلذلك لم يجز، ألا ترى أنه لو باعه من ورثة الميت بشرط عتقه عنه أو وهبهم إياه بذلك الشرط، لم يجزه، والذى أنفذ عتقه على العتق عنه عتقه، ولذلك جاز أن يعتقه عن الميت.

وقد روى فى العتبية أبو زيد، عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها الرقبة يعتقها عن ظهاره أو ثمن الرقبة، إن كان بشرط العتق، لم يجزه، وإن كان بغير شرط، أجزأه، وذلك لما ذكرناه. ورواه فى المدنية عيسى بن دينار وعبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة.

فرع: فإذا قلنا يجزئه على قول ابن القاسم، فإنه قال: يجزئه إن لم يدفع فى ثمنه شيئًا. قال الشيخ أبو محمد فى نوادره: يريد كأنه اشتراه بشرط العتق.

ومعنى ذلك أن من اشترى عبدًا بشرط العتق لم يجزه عن عتق واجب عليه، فعلى هذا إنما يجزئه على قول ابن القاسم بشرطين، أحدهما: ما تقدم، وهو أن لا يدفع إليه فيه ثمنا. والثانى أن يرضى المعتق عنه بذلك.

وإن لم يرض بذلك إذا بلغه، فقد قال الشيخ أبو عمران: لا يجزئه. ومعنى ذلك أن نية العتق للظهار معدومة، ولم تتعقبها إجازة، وهى تقوم مقام النية، وفى ذلك شرط ثالث مختلف فيه، وهو أن يكون العتق بعد العودة، قال: ابن القاسم لا يراعى العودة، وإنما يراعيه عبد الملك وابن الماجشون.

مسألة: وأما السلامة، فإنها تعتبر فى ذلك كله على حسب ما تقدم فى كفارة الأيمان بالله تعالى، ولا يختص ذلك بجنس مخصوص من الرقيق، ولا ذكورة ولا أنوثة.

فصل: وقوله تعالى: ﴿**فمن لم يجد فصيام شهرين**﴾ [المجادلة: ٤]، الوجود هو أن يملك رقبة أو ثمنها أو ما قيمته قدر ثمنها من عرض أو غيره، فمن لم يكن عنده إلا أمة، ظاهر منها، فقد قال ابن القاسم: لا يجزئه الصيام.

وكذلك روى عن مالك فيمن يملك من العروض ما يشترى به رقبة، أو كانت له دار يسكنها، ثمنها قيمة رقبة، لا يجزئه الصوم؛ لأنه واجد لرقبة معناه بجزئة.

مسألة: والمظاهر الموسر يمكنه العتق، فلا يعتق حتى يعدم فيصوم ثم ييسر. روى ابن المواز، عن ابن القاسم، ولم يسمعه منه أنه قال: يعتق، وهذا عندى على وجه الاستحباب؛ لأن المؤدى لما يجب عليه من حق إنما ينظر إلى حاله يوم الأداء، دون يوم الوجوب.

وكذلك من ضيع الصلاة، وهو قادر على القيام، فأراد أن يقضيها حال عجزه عن القيام أداها جالسًا، ثم إن قوى على القيام، لم يلزمه قضاؤها قائمًا، وكذلك من فرط فى الصلاة مع إمكان أدائها بالماء، ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء، لم يلزمه قضاؤها ثانيًا عند وجود الماء.

ويحتمل أن يريد به أنه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بذمته، فلما أعسر قبل العتق أمر الصوم؛ لأنه أبلغ ما يمكنه بشرط أن أيسر بالرقبة التى قد تعلقت بذمته، كان عليه إخراجها، وحكم الأموال فى ذلك غير حكم الأعمال، والأول أظهر، والله أعلم.

وقد قال بعض القرويين: إنما ذلك لمن وطئ، فلزمته الكفارة بالعتق ليسره، فلم يكفر حتى أعسر فصام، فأما إن لم يطأ حتى أعسر، فصام ثم أيسر، فلا يؤمر بالعتق.

مسألة: ومن بدأ بالصيام لعسره وعدم الرقبة، ثم أيسر، روى ابن المواز، قال مالك فى الحالف والممتنع، إذا شرع فى الصوم ثم أيسر: لا يرجع إلا أن يستاء.

وفرق بينه وبين الظهار وقتل النفس، وسوى عبد الملك بينهما، وقال: إذا مضى له اليوم واليومان، أحببت له الرجوع فى التمتع والكفارة.

ومعنى ما قال ابن المواز من تفريق مالك بين الظهار واليمين، ما روى زياد بن جعفر، عن مالك: أن من لم يجد رقبة عن ظهاره فصام يومًا أو يومين، ثم وجد رقبة، فإنه يعتق، ولو صام النصف أو الثلث أو أيامًا لها اسم، فإنه يتم صيامه، ولا يعتق.

وروى ابن عبد الحكم فى المختصر الكبير: أنه إذا صام يومين. وقال أبو إسحاق فى الزاهى: يومًا، ثم أفاد مالاً، قال: يمضى ويجزئه ويعتق أحب إلىّ.

قال الشيخ أبو بكر: إنما قال ذلك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿**فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٤]، فإذا دخل فى الصوم، وهو غير واجد للرقبة، مضى فى صومه وأجزأه كالمتيمم يرى الماء بعد التلبس بالصلاة.

فإن قيل لم لا تلزمه العودة إلى العتق كالمعتدة بالشهور إذا رأت الحيض انتقلت إليه. فالجواب أن المعتدة لم تبطل عدتها؛ لأنها تعتد بما مضى قرءًا، والواجد للرقبة لو أعتق لبطل ما تلبس به من صومه.

مسألة: ومن صام عن ظهاره لعدم الرقبة، فأفسد صومه بوطء امرأته بعد أن لم يبق عليه إلا يوم واحد، فقد روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم فى المدنية: إن وجد رقبة حين أفسد صومه، يلزمه العتق، ولا يجزئه الصوم.

ووجه ذلك أن الاعتبار بحاله يوم الأداء، وهذا لما أبطل ما تقدم من صومه، ووجب عليه الاستئناف كان هذا وقت أدائه، فلما كان غنيًا حين ابتداء الأداء لم يجزه الصوم.

مسألة: ومن قال: كل مملوك أملكه إلى عشر سنين حر، ثم لزمه ظهار، وهو موسر،

فإن صبرت امرأته هذه العشر سنين، فلا يصوم، وإن لم تصبر، وقامت به، ففرضه الصيام، رواه ابن سحنون، عن أبيه.

فصل: وأما الصيام، فصيام شهرين متتابعين. والأصل فى ذلك قوله عز وجل: ﴿**فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا**﴾، وفى هذا حكمان، أحدهما: التتابع. والثانى: خلو الشهرين من مجامعة الزوجة المظاهر منها، وتقدمها على ذلك.

فأما التتابع، فأن يتصل صيامها، ولا يفصل بين شىء من ذلك فطر لغير عذر، وقد قال ابن المواز: من أفطر فى سفره فى صيام تظاهر، ابتدأ، وإن أفطر لمرض، بنى إذا صح.

والفرق بينهما أن المسافر لم يبح له الفطر لعجزه عنه، وإنما هو لتخفيف المشقة عليه، والتتابع من باب المشقة، وقد شرط عليه. وأما المريض، فإنما أبيح له الفطر لعجزه عن الصيام كالحائض، وكذلك من أفطر ناسيًا؛ لأن الناسى معذور، والله أعلم. وقال الشافعى: إن أفطر ناسيًا أو مريضًا، ابتدأ الصيام.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى لا يمكن الاحتراز منه، ولم يجد باختياره، فلم يبطل التتابع كالاحتلام.

مسألة: ومن جامع فى صيام ظهاره ناسيًا، ففى المدونة من رواية عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: يستأنف الصوم، وأما إذا فصل بينه زمن يمنع الصوم بالشرع، فقد تقدم ذكره فى كتاب الصيام.

فصل: وأما ما ذكرناه من وجوب تقديم الصوم على المجامعة، فهو لقوله تعالى: ﴿**فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٤]، وذلك يوجب تمام صومهما قبل الملامسة، وإلا لم يكن صائمًا لشهرين متتابعين من قبل أن يتماسا.

وإن جامع فى أثناء صومه ليلاً أو نهارًا المظاهر منها، أو غيرها نهارًا، ابتدأ الصوم، قاله فى المختصر الكبير والمدونة خلافًا للشافعى فى قوله: إنه إن وطئها ليلاً لم يبطل صيامه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا**﴾، فجعل ذلك شرطًا فى الصيام الواجب عليه الذى يتخلص من حكم الظهار، فمن جامع قبل أن يتم الصيام، فلم يأت بصيام الشهرين قبل أن يتماسا، فلم يبرأ بذلك من صوم الظهار كالواخذ بالعدد.

مسألة: ومن شرع في كفارة الظهار، ثم طلقها قبل تمامها، ثم تزوجها، فإنه يستأنف الكفارة من أولها، فإن تمادى على إتمامها، فلا يخلو أن يكون طلاقه بائنًا أو رجعيًا، فإن كان بائنًا، فالمشهور من المذهب أنه لا يجزئه، وإن تزوجها بعد ذلك استأنف الكفارة من أولها.

وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم أنه يجزئه التمادى بعد أن بانت إذا ابتدأ الكفارة، وهو مجمع على إمساكها.

وجه القول الأول أنه أتى بالكفارة فى وقت ليست له بزوجة، فلم يجزه كما لو ابتدأ الكفارة بعد البينونة، وانقضاء العدة.

ووجه القول الثانى أن للكفارة حكم الابتداء بها، فإذا ابتدأها فى وقت يصح فيه التكفير لم يمنع ما يطرأ بعد ذلك كما لو ابتدأ الصيام معسرًا ثم أيسر، وهذا عندى معنى قول ابن نافع واحتجاجه فى المدونة.

مسألة: ولو كان الطلاق رجعيًا، فالأفضل أن يرتجع ثم يكفر، فإن كفر قبل أن يرتجع، وقبل أن يتبين منه، أجزأه، قاله أشهب فى الموازية.

وهذا إذا صام أو أطعم فى العدة، وقد بقى عليه شىء من ذلك، فتمادى على صيامه، فقد روى فى المدنية محمد بن يحيى، عن مالك: أنه إن أتم صيامه قبل انقضاء العدة أجزأه، ولو بقى منه يوم واحد بعد انقضاء العدة، لم يجزه، وإن صام؛ لأنها ليست له بزوجة.

فإن تزوجها بعد ذلك، استأنف الصيام من أوله، وهذا إذا كانت الكفارة بصيام، فإن كانت بإطعام، فانقضت العدة قبل إتمامها، فقد قال أشهب: تبطل الكفارة، فإن تزوجها يومًا ما استأنف الإطعام كله.

وقال أصبغ: يبنى على الإطعام، ويبتدئ الصيام.

وجه القول الأول أنها كفارة يبطلها تخلل الوطء، فأبطلها تخلل البينونة كالصيام.

ووجه القول الثانى أن الإطعام ليس من شرطه التتابع، فلم يبطل بالبينونة بخلاف الصيام.

فصل: وقوله تعالى: ﴿**فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا**﴾ [المجادلة: ٤]، يقتضى أن جواز الإطعام مرتب على العجز عن الصيام، وعدم الرقبة.

وفى المدونة، قيل لابن القاسم: من هذا الذى لا يستطيع الصيام، فقال: هو عندى الشيخ الذى لا يقوى على الصيام من كبر أو ضعف، فلو أطعم مع القدرة على الصيام لم يجزه؛ لقوله تعالى: ﴿**فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا**﴾، فإنما نقل إلى الإطعام من لم يستطع.

مسألة: والذى يجزئه منه فى الجنس على حسب ما تقدم فى كفارة اليمين، وأما القدر، فإنه يعود إلى معنيين، أحدهما: إلى عدد من يطعم. والثانى: إلى قدر ما يطعم.

فأما عدد من يطعم، فهو ستون مسكينًا. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿**فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا**﴾، ولو أطعم ثلاثين مسكينًا مدين مدين، لم يجزه حتى يستكمل العدد، وليطعم ثلاثين مسكينًا ما يجزئ كل واحد منهم، ويجزئه.

مسألة: وأما القدر، فقد روى ابن حبيب، عن مطرف أن مالكًا كان يفتى فى كفارة الظهار بمدين لكل مسكين، ويكره أن يقال مد هشام.

وهذا يدل على أنه ذكره أولاً لما كان المستعمل بين الناس يبين به مقدار ما يلزم من ذلك مدان بمد النبى ﷺ على سبيل التقريب والتفسير، كما يقول الإنسان فى بلده: يجزئك من هذا المد كذا على سبيل التقريب، فلما بلغه أنه قد ظن به أنه جعل ذلك مقدرًا فى نفسه، أنكره وكرهه.

فرع: إذا ثبت ذلك، أو قلنا بتقديره بالمد، فقد اختلف أصحابنا فى مد هشام، فقال ابن حبيب: إن مد هشام الذى جعله لفرض الزوجة فيه مد وثلث. وروى ابن القاسم أنه مدان إلا ثلث.

وروى البغداديون من أصحابنا، عن معن بن عيسى أنه مدان بمد النبى ﷺ، وهذا هو الصحيح عندى لوجهين، أحدهما: أن معن بن عيسى مدنى، فهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة مع ضبطه.

والثانى: أن هذا المد موجود إلى اليوم، وهو كيل السراة، وغيرها من بلاد العرب، وهو مدان بمد النبى ﷺ لا شك فيه ولا مرية، فقد شاهدت ذلك وباشرته وحققته.

وفى المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة: أنه يطعم فى كفارة اليمين عن كل مسكين من الحنطة بقدر ما يطعم أوسط عياله فى اليوم والليلة، وكذلك فى كفارة الظهار أيضًا شبعه فى اليوم والليلة.

وروى عيسى، عن ابن القاسم: يغديهم ويعشيهم أحب إليك، أو يطعمهم حنطة فى كلا الكفارتين، فقال: أحب إلى مالك لو أعطاهم، فإن أطعمهم، أجزأ عنه يطعمهم خبزًا وإداما، وهذا يقتضى مساواة كفارة الظهار لكفارة اليمين فيما يجزئ من الطعام.

ولو كان الأفضل والمستحب أن يزاد فى كفارة الظهار، ويبلغ المدين، فقد روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم فى المدنية: أما الظهار، فمد بمد هشام، أو مدان بمد النبى ﷺ؛ لأنه جاء فى الحديث فيه عن النبى ﷺ بمدين مدين، وقد قال تعالى فى كتابه: ﴿**إطعام ستين مسكينًا**﴾ [المجادلة: ٤].

وفى المبسوط عن ابن القاسم مثل ذلك فى المدين عن النبى ﷺ، ولم يقل فيه: من أوسط، فأفضل الشبع مدان بمد النبى ﷺ أو مد بمد هشام، والذى بينهما يسير قدر الثلث.

وأما كفارة اليمين، فإن الله تعالى قال فيه: ﴿**من أوسط ما تطعمون أهليكم**﴾ [المائدة: ٨٩]. قال مالك: الوسط بالمدينة مد بمد النبى ﷺ، وأما بالبلدان التى يكفر فيها بالحنطة، فالوسط من الشبع غداء وعشاء.

فوجه القول بتقديره بمدين من مد النبى ﷺ أنه إطعام لم يجب بمعنى يتعلق بالصوم؛ ولأنه كفارة يمين، فكان الإطعام فيه بنفس الصاع كفدية الأذى.

ووجه القول الثانى أن الشرع لما ورد بإطعام ستين مسكينًا، ولم يقدر ذلك، وكان أهل المدينة قد اتفقوا على أن مد هشام موضوع لتقدير النفقات الموسعات، أشار إليه مالك ليرى قدر ما يختاره من ذلك لما يتعلق به من التغليظ لقليل الذمة ومرتكب المحظور، والله أعلم.

فرع: وهذا لمن كانت الحنطة قوته، فأما الشعير لمن أجزأه إخراجه أو التمر، ففى المدونة: أرى أن يطعم فى الظهار من الشعير والتمر عدل شبع مد هشام من الحنطة، والأظهر عندى أنه يلزمه من التمر والشعير مد بمد هشام، أو مدان بمد النبى ﷺ على ما يلزمه من مكيلة القمح كزكاة الفطر، والله أعلم.

مسألة: ومن صام عن ظهاره حين لم يجد رقبة، فمرض فى أثناء الصيام، فقد روى زياد بن جعفر، عن مالك: أنه إن كان مرضه مما لا يطمع بالبرء منه، فإنه يطعم، وإن كان على غير ذلك، انتظر أن يبرأ أو يبقى على ما كان صام.

وفى المدونة عن أشهب، عن ابن القاسم: أنـه إن طـال مرضـه، واحتـاج إلى امرأتـه، جاز له أن يطعم، وإن رجا البرء.

وجه القول الأول أنه إذا كان مما يرجو البرء منه، انتظر ذلك؛ لأنـه مـن الموانـع التـى تعرض فى استدامة الصوم، كالحيض يعرض للمرأة فى شهرى التتابع، فلا يجزئه الإطعام، وإن كان لا يرجى، فليس من أهل الصيام، فكان فرضه الإطعام.

ووجه القول الثانى إن حصلت له المشقة بالحاجة إلى أهله مع طول المـرض، وخـوف العنت، جاز له الانتقال إلى الإطعام كالإعسار، والله أعلم.

مسألة: وليس فى نص القرآن ذكر للكسوة فى كفارة الظهار، بل ظاهره يقتضى أنها مقصورة على العتق أو الصيام أو الإطعام، وقد ذكر الشيخ أبو محمد فـى نـوادره، قـال: وإن كسا وأطعم عـن كفـارة واحـدة، قـال ابـن القاسـم فـى كتابـه: أسـد، وقـال فـى المجالس: تجزئه، وأظنه قول مالك. وقال أشهب: لا يجزئه.

وأخرج من كتاب ابن المواز فيمن ظاهر من أربع نسـوة، فـأطعم عـن واحـدة ستين مسكينًا، وكسا عن الأخرى ستين مسكينًا، ثـم وجـد العتـق، فـأعتق عـن واحـدة غـير معينة، ولم يقدر على رقبة الرابعة، فليطعم أو يكسو ويجزئه.

قال الشيخ أبو محمد: انظر قول محمد فى الكسوة ما أعرفه لغـيره، وإنما ذكرتـه عـن الشيخ أبى محمد ليكون أقوى فى المذهب، فتحقق بهـذا أن الكفـارة فـى الظهـار تتنـوع أربعة أنواع: عتق، وصيام، وإطعام وكسوة، وكأنه ينوب بعضها عن بعض.

ويحتمل هذا عندى وجهين، أحدهما: أنـه مـن بـاب إخـراج القيـم فـى الكفـارات، فيخرج الكسوة عن الطعام إذا كانت مثل قيمته أو أكثر، وكـان يجـب علـى هـذا أن لا يراعى قدر الكسوة.

والوجه الثانى أن تكون الكسوة لما نابت عن الإطعام فـى كفـارة اليمـين علـى عـدد واحد نابت هاهنا عنـه وغيرهـا مـن الكفـارات، وإن نـابَ بعضهـا عـن بعـض، فبعـدد مخالف، فاختصت الكسوة بأنها من جنس الإطعام، وقل من يقول به من العلمـاء، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يجوز له الوطء فى أثنـاء إطعامـه، ومـن شـرط إطعامـه تقديمه على وطء المظاهر منها خلافًا للشافعى.

والدليل على ما نقوله أن هذه كفارة عن ظهار، فكان حكمها أن تتقدم على الوطء كالعتق والصوم.

مسألة: وسواء وطئ ناسيًا أو عامدًا، فإنه يبطل ما تقدم من إطعامه، ويجب عليه ابتداء إطعام آخر، والأصل فى ذلك ما قدمناه من وجوب تقديم جميعه على الوطء، ومعنى ذلك أن لا يتخلله وطء.

قَالَ مَالِك فِي الرَّجُلِ يَتَظَاهَرُ مِنِ امْرَأَتِهِ فِي مَجَالِسَ مُتَفَرِّقَةٍ، قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ إِلا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ تَظَاهَرَ ثُمَّ كَفَّرَ، ثُمَّ تَظَاهَرَ بَعْدَ أَنْ يُكَفِّرَ، فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ أَيْضًا.

الشرح: قوله: «**فى الرجل يتظاهر من امرأته فى مجالس شتى، ليس عليه إلا كفارة واحدة**»، وهذا على إطلاق النية دون تقييدها بالتكرار مع كون الظهار من جنس واحد، مثل أن يقول لها: أنت عليَّ كظهر أمى، ثم يقول لها مثل ذلك فى ذلك المجلس أو مجلس آخر، ونوى تأكيد القول الأول وتكراره، أو لم ينو شيئًا، فليس عليه إلا كفارة واحدة؛ لأنها يمين واحدة تكررت فى شىء واحد، فكان إطلاقها يقتضى التأكيد كاليمين بالله تعالى.

مسألة: ولو نوى بالقول الثانى كفارة ثانية، ففى كتاب ابن المواز: تلزمه كفارة ثانية كاليمين بالله تعالى، وهذا كله ما لم تلزمه الكفارة الأولى بالوطء، فإن وطئ، ثم ظاهر منها مرة أخرى، ففى مختصر ابن عبد الحكم: عليه كفارة ثانية.

ووجه ذلك أنه لما وقع الحنث بالوطء، ولزمته الكفارة، كان ظهاره بعد ذلك ظهار مبتدأ له حكمه كالذى يحلف أن لا يدخل الدار مرارًا، ثم يدخلها، لا يجب عليه إلا كفارة واحدة.

ولو حلف أن لا يدخلها، فحنث بدخولها، ثم حلف مرة أخرى أن لا يدخلها كانت اليمين الثانية غير الأولى، يجب فيها من الكفارة بالحنث غير ما يجب بالأولى.

فرع: إذا قلنا إن تكرار الظهار بمعنى تكرر الكفارة، يوجب تقديم ذلك من الكفارات، فإن أدى كفارة واحدة، فإن الشيخ أبا محمد كان يقول: لا يحل له وطؤها حتى يكفر جميع الكفارات.

وقال الشيخ أبو الحسن والشيخ أبو عمران: إذا كفر كفارة واحدة؛ حل له وطؤها، فإن امتنع من وطئها من أجل سائر الكفارات كان موليًا منها. قال الشيخ أبو عمران: لأن سائر الكفارات نذر.

مسألة: ولو شرع فى الكفارة عن ظهاره، فلم يتمها حتى ظاهر مرة أخرى، ففى كتاب محمد: يبتدئ الكفارة من الظهار الثانى ويجزئه، وقيل: بل يتم الأول ثم يبتدئ.

وقال محمد: هذا أحب إلىَّ إذا بقى اليسير منها، وأما إن مضى يومان أو ثلاثة، فيبتدئ، ويجزئه لهما. وفى العتبية، عن أصبغ: أنه يجوز له أن يبتدئه الآن، سواء صام من الأولى يسيرًا أو كثيرًا.

وجه قولنا بالإجزاء أنها كفارة مقدمة على الحنث، فإذا ظاهر منها، وشرع فى الكفارة، ثم أردف ثانيًا من جنس الأول، سقط حكم الأول، وثبت الثانى، وتفارق اليمين بالله بأن كفارتها إذا شرع فيها بعد الحنث لم يمكن إسقاطها، فإذا كررت يمين أخرى كان لها حكمها كالأولى.

ولو لزمت فى الظهار الكفارة الأولى، فحنث، ثم ظاهر بعد ذلك ظهارًا آخر، لكانت فيه كفارتان، وذلك مثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت علىَّ كظهر أمى، فحنث، ثم قال بعد ذلك: أنت علىَّ كظهر أمى، ففى هذا كفارتان، قاله أصبغ فى العتبية وغيرها.

فوزان هذه المسألة من اليمين أن يكفر قبل الحنث على رواية تجويز ذلك، ثم يشرع فى الصيام، فيحلف فى ذلك ثانية، ثم يريد أن يكفر، فإنه تجزئه كفارة واحدة يبتدئها.

ووجه الرواية الثانية أن هذه يمين شرع فى تكريرها، فإذا كررت بعد ذلك كان الظاهر أنها يمين مستأنفة كما لو نوى بيمينه الثانية كفارة ثانية، والأول أكثر فى المذهب وأظهر.

قال القاضى أبو الوليد: والقولان عندى مبنيان على قولنا بوجوب الكفارة بالعودة، أو على قولنا بصحة الظهار للعودة، فإذا قلنا تجب العودة، فإنه إذا ظاهر مرة أخرى، لزمه إتمام ما وجب عليه بالعودة الأولى، ثم يستأنف الكفارة الثانية.

وإذا قلنا لم تجب عليه بالعودة، فإنه يجوز له تركها متى شاء، فإذا ظاهر بعد الشروع فيها، فقد ترك الكفارة الأولى، وتلزمه الثانية، وكان بمنزلة من أتى بلفظ الظهار دون أن يشرع فى الكفارة، وقد رأيت نحوه لأبى القاسم بن الكاتب.

فصل: وقوله: «**فإن تظاهر ثم كفر، ثم تظاهر بعد أن كفر، فعليه الكفارة أيضًا**»، على حسب ما قال؛ لأنه إذا ظاهر بعد أن أتم الكفارة، فإنه لابد لذلك الظهار من

كفارة؛ لأن الكفارة الأولى ليست بكفارة عما يأتى بعدها من الأيمان، وإنما هى كفارة لما تقدم قبلها ككفارة اليمين بالله تعالى.

قَالَ مَالِك: وَمَنْ تَظَاهَرَ مِنِ امْرَأَتِهِ ثُمَّ مَسَّهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ، لَيْسَ عَلَيْهِ إِلا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ وَيَكُفُّ عَنْهَا حَتَّى يُكَفِّرَ وَلْيَسْتَغْفِرِ اللَّهَ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: قوله: «**من تظاهر من امرأته، ثم مسها قبل أن يكفر أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة**»، لا يقتضى إباحة ذلك، بل هو محظور لقوله تعالى: ﴿**فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٣].

لكنه من اجترأ، ووطئ قبل أن يكفر، فقد تقرر عليه وجوب الكفارة، وليس عليه غيرها؛ لأن ظهاره واحد، فتجب به كفارة واحدة، لكن من حكمها تقدمها على الوطء، فإذا وجد الوطء قبلها، لم يؤثر ذلك فى إسقاط الكفارة، ولا فى الزيادة عليها.

وذلك أن للكفارة بعد وجوب التظاهر ثلاثة أحوال، حالة لا تجزئ فيها الكفارة، وهى قبل العودة، فمن كفر حينئذ، فهل تجزئه كفارته تلك أم لا؟.

روى سحنون عن أبيه: أن المتظاهر يكفر بعد نية العودة، لكن يريد أن يطلقها، أو يقول: إن راجعتها حلت لى بغير ظهار، ولا تجزئه حتى ينوى العودة. قال: وهو قول أكثر أصحابنا: أن من كفر بغير نية العودة، لم يجزه.

وقد رأيت للشيخ أبى عمران أن ابن القاسم لا يراعى العودة، وإنما يراعى ذلك ابن الماجشون وسحنون، فعلى هذا يجوز على قول ابن القاسم أن يكفر قبل العودة، ولذلك قال ابن سحنون فى المنع من ذلك: أنه قول أصحابنا.

وأما الحالف بالظهار إن فعل كذا، فقد روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: لا يجزئه أن يكفر قبل الحنث كمن حلف بالطلاق أن لا يفعل كذا، لا يقدم الطلاق قبل الحنث.

ولو حلف ليفعلن كذا بطلاق أو ظهار، فإن له تقديم الكفارة والطلاق قبل الحنث، وهذا لأن الحالف ليفعلن على حنث من وقت يمينه، فلا يقال فيه على الحقيقة كفر قبل الحنث، وإنما يريد بذلك قبل أن يفوته الذى حلف ليفعلنه، والله أعلم.

مسألة: والحالة الثانية إذا وجدت العودة قبل أن يوجد الوطء، فإن الكفارة في هذه الحال مجزئة، وليست بلازمة، رواه ابن القاسم وأشهب، عن مالك، وقال: لو طلقها أو ماتت، سقطت عنه الكفارة، ولو شرع فيها لسقط عنه باقيها، إلا أن يتزوجها بعد الطلاق، فتثبت الكفارة ثانية.

وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم أنه إذا أجمع على العودة، لزمته الكفارة، وإن مات أو طلقها. قال ابن عبد الحكم: أخبرنيه أشهب، عن مالك، وبه قال أصبغ.

مسألة: والحالة الثالثة بعد الوطء، فإنها حالة يتقرر فيها وجوب الكفارة، وكذلك لو ماتت أو طلقها، لزمه إخراج الكفارة على كل حال، ولو كان شرع فيها قبل أن يموت أو طلقها، لزمه إتمامها.

فصل: وقوله: «**ويكف عنها حتى يكفر، ويستغفر الله**»، دليل على أنه قد أتى المحظور من تقديم المسيس قبل الكفارة، فيجب أن يتوب من ذلك، ولا يستديمه، بل يستغفر الله تعالى مما تقدم منه.

مسألة: وللمرأة أن تمنعه نفسها قبل أن يكفر، ويحول السلطان بينه وبينها، ويؤدبه إن أراد ذلك، قاله ابن القاسم في المدونة.

ووجهه أنه أراد ارتكاب المحظور المزجور عنه، فوجب ردعه عنه بالأدب. وفي المدونة: ويكون معها في البيت، ويدخل عليها بالإذن إذا أُمنت ناحيته.

قَالَ مَالِك: وَالظِّهَارُ مِنْ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَالنَّسَبِ سَوَاءٌ.

قَالَ مَالِك: وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ ظِهَارٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن الظهار لازم من جميع ذوات المحارم، فمن حرمت عليه بالرضاعة أو النسب، ولم يذكر تحريم المصاهرة لأم زوجته وزوجة أبيه، ويجب أن يكون حكمهن حكم من ظاهر؛ لأنهن ممن حرم عليه على التأبيد.

وفي المبسوط والمدونة عن ابن القاسم: فإن ظاهر من صهر، فهو مظاهر في رأيي؛ لأن الله تعالى قال: ﴿**ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء**﴾ [النساء: ٢٢].

مسألة: ومن قال لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمي أو ابني أو رجلٍ من الناس، فهو ظهار، رواه ابن زيد، عن عيسى بن دينار، وعن يحيى بن يحيى، عن ابن نافع.

ووجه ذلك أنه شبه امرأته بظهر من هو عليه كذوات المحارم، وأشـد تحريمًـا، فلزمـه الظهار كما لو شبهها بظهر بهيمته، وكذلك من قال لزوجتـه: أنـت علـيَّ كبعـض مـن حرم القرآن.

مسألة: وأما من قال لامرأته: أنت عليَّ كظهر من تحل له من إمائه وأزواجـه، فليس بمظاهر، قاله الشيخ أبو إسحاق.

ووجه ذلك أنه إنما شبهها بمباحة، فبقيت على حكم الإباحة.

فصل: وقول مالك: «**ليس على النساء ظهار**»، يريد أنه لا يـلزمهن أن يظـاهرن مـن الأزواج؛ لأن التحريم ليس إليهن، إنما التحريم إلى الأزواج كالطلاق، ولو طلقت المرأة زوجها، لم يكن له حكم الطلاق.

وأصل هذا قوله تعالى: ﴿**والذين يظاهرون من نسائهم**﴾، فعلق الحكـم بالرجـال فـى نسائهم، وبالله تعالى التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ: فِـى قَـوْلِ اللَّـهِ تَبَـارَكَ وَتَعَـالَى ﴿**وَالَّذِينَ يُظَـاهِرُونَ مِـنْ نِسَـائِهِمْ ثُـمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا**﴾ [المجادلة: ٣] قَالَ: سَمِعْـتُ أَنَّ تَفْسِيرَ ذَلِـكَ أَنْ يَتَظَـاهَرَ الرَّجُـلُ مِنِ امْرَأَتِهِ ثُمَّ يُجْمِعَ عَلَى إِمْسَاكِهَا وَإِصَابَتِهَا، فَإِنْ أَجْمَـعَ عَلَـى ذَلِـكَ، فَقَـدْ وَجَبَـتْ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ فإن طَلَّقَهَا، وَلَمْ يُجْمِعْ بَعْدَ تَظَاهُرِهِ مِنْهَا عَلَى إِمْسَاكِهَا وَإِصَابَتِهَا، فَـلا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَمَسَّهَا حَتَّى يُكَفِّرَ كَفَّارَةَ الْمُتَظَاهِرِ.

الشرح: قوله عز وجل: «﴿**والذين يظاهرون من نسائهم**﴾»، قال مالك: النساء واقع على الإماء والحرائـر والإمـاء الزوجـات والسـرارى، واحتـج علـى ذلـك بقولـه تعـالى: ﴿**وأمهات نسائكم**﴾ [النساء: ٢٣]، وهذا عام فى الزوجات والسرارى.

فصل: وقوله عز وجل: «﴿**ثم يعودون لما قالوا**﴾، **قال مالك: إن تفسير ذلـك يعنـى العودة أن يجمع بعد الظهار على إمساكها وإصابتها**»، هذا الذى ذكره فى الموطأ وعليـه أكثر أصحابه، وقد قيل عنه غير ذلك مما سنبينه إن شاء الله تعالى.

وأصل هذا أن العلماء اختلفوا فى الكفارة بماذا تتعلق، فذهب مالك ومعظم الفقهاء إلى أنها تتعلق بشرطين، وجـود الظهـار والعـودة. وقـال مجـاهد والثـورى: تجـب بنفـس الظهار دون شرط آخر.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٣]، فعلق الكفارة بالظهار والعودة، فمن قال: إنما تجب بنفس الظهار دون العودة، فقد خالف النص؛ لأن الحكم متى علق على صفتين كان الظاهر أنهما شرطان فى ثبوته، كما لو قال رجل: من أسلم وشرب الخمر فاجلدوه، وكان الظاهر أن الوصفين شرطان فى وجوب الجلد.

مسألة: إذا ثبت أن العودة شرط تتعلق به الكفارة كالظهار، فاختلف العلماء، ما هى؟ ولمالك فى ذلك ثلاثة أقوال.

قال الشيخ أبو القاسم: إحدى الروايتين، العزم على إمساكها. والثانية: العزم على وطئها، وقد ذكر فى الموطأ الأمرين جميعًا، ويقتضى قوله هذا أن إفراد كل واحد منهما بالعزم عليه عودة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهما عندى راجعان إلى معنى الإمساك؛ لأن من عزم على الوطء، فقد عزم على إمساكها إلى أن يطأ، وليس من شرط العزم على الإمساك أن ينوى إمساكها أبدًا، بل لو عزم على إمساكها سنة لكان عازمًا على الإمساك.

وأما العزم على الوطء، قال أحمد بن حنبل: روى عن مالك أبو القاسم بن الجلاب وغيره رواية أخرى: أن العزم هو نفس الوطء، وبه قال الحسن والزهرى وطاوس. قال الشافعى: أن يمضى من الزمان مدة يمكنه فيها إيقاع الطلاق، فلا يوقعه.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿**والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا**﴾، فدل ذلك على أن العودة تكون بعد إيقاع الظهار بمهلة.

ووجه آخر، وهو أن قوله تعالى: ﴿**ثم يعودون لما قالوا**﴾، يقتضى أن تكون العودة من فعل المظاهر، إما عزم، وإما غيره، وإما أن تكون بمضى الزمان، وترك طلاق، فهو عدول عن الظاهر.

ومن جهة المعنى أن هذه كفارة يمين، فجاز أن يتأخر وجوبها عن اليمين. أصل ذلك كفارة اليمين بالله تعالى.

مسألة: فإذا قلنا إن العودة تتقدم وتتأخر، فذهب داود إلى أن العودة هى إعادة لفظ الظهار.

والدليل على ما نقوله أن الكفارة إنما تجب فى الأيمان بمخالفة اليمين، ومن ظاهر اقتضى ظهاره تحريم زوجته، فإذا أراد استباحتها، فقد عاد فيما ترك، ورجع إلى الوطء الذى حرم، وفى مثل هذا يقال عاد فلان لكذا وإلى كذا إذا كان قد تركه وحرمه، ثم رجع إليه.

ولذلك يقال عاد فلان لشرب الخمر، إذا كان قد أظهر التوبة منه، ثم رجع إليه، ولو كان التلفظ بالظهار ثانيًا يوجب الكفارة لأوجبها الأول، فلما لم يوجبه الأول، لم يوجبه الثانى؛ لأنهما من جنس واحد لفظًا ومعنى.

وقد قال بعض أصحابنا: إن قوله تعالى: **﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون﴾**، مثل قوله تعالى: **﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا﴾** [البقرة: ٢٢٦]، لا يصح أن يراد بالفيئة هاهنا إعادة الإيلاء، فكذلك لا يصح أن يراد بالعودة إعادة الظهار.

وقال الأخفش: تقديره: «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون فتحرير رقبة لما قالوا»، والله أعلم من أجل ما قالوا.

فصل: وقوله: **«فإن أجمع على ذلك، فقد وجبت الكفارة عليه»**، يقتضى وجوبها بنفس العزم، وهذا يحتمل معنيين، أحدهما: أن يجب عليه وجوبًا متفرقًا كوجوب الكفارة بعد الحنث الذى لا يخرج منه إلا بالإداء.

والثانى: أن لا يجب بالعودة، وإنما يكون شرطًا فى استباحة الوطء كالطهارة التى لا تجب لنفسها، وإنما تجب على من أراد صلاة أو مس مصحف لاستباحة ذلك.

وقد روى عن مالك ما يدل على المعنيين، ففى كتاب ابن المواز، عن عبد الله بن عبد الحكم، قال مالك وعبد العزيز بن أبى سلمة: إن معنى قول الله سبحانه: **﴿ثم يعودون لما قالوا﴾**، أنه إرادة الإمساك والوطء، فإذا أجمع على ذلك، لزمته الكفارة، إن ماتت أو طلقها، وقد تقدم ذكره، فهذا على المعنى الأول.

وأما على المعنى الثانى، وهو الأظهر من مسائل أصحابنا وأقوالهم، وإليه ذهب أبو حنيفة، وقد روى ابن القاسم وأشهب أنه إذا أجمع على الإمساك، ثم صام بعض الكفارة، ثم بانت منه أنه لا شىء عليه، فإن نكحها يومًا، ابتدأ.

ولو تقرر وجوبها لم تسقط عنه بذلك، ألا ترى أنه لو وطئ، ثم بانت منه، أو طلقها لم تسقط عنه الكفارة لما تقرر وجوبها عليه بالوطء.

فصل: وقوله: **«وإن طلقها، ولم يجمع بعد تظاهره منها على إمساكها وإصابتها، فلا كفارة عليه»**، يدل على رواية ابن عبد الحكم أن الكفارة لم تجب بعد عزم الإجماع على الإمساك، ويقتضى أن الإجماع على الإمساك عودة.

أما على رواية ابن القاسم فى أن الطلاق بعد العودة يسقط الكفارة، ويسقط التمادى على ما قد شرع فيه منها، فإنه لا معنى لاشتراطه أن لا يجمع على الإمساك قبل أن يطلقها.

فصل: وقول مالك: **«فإن تزوجها بعد، لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر»**، يقتضى بقاء حكم الظهار، وهو المنع من المسيس قبل الكفارة، ويقتضى قوله أن الإجماع على الإمساك عودة.

قَالَ مَالِك: فِى الرَّجُلِ يَتَظَاهَرُ مِنْ أَمَتِهِ: إِنَّهُ إِنْ أَرَادَ أَنْ يُصِيبَهَا، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظِّهَارِ قَبْلَ أَنْ يَطَأَهَا.

الشرح: قوله: **«إن أراد من تظاهر من أمته أن يصيبها، فعليه كفارة الظهار»**، يقتضى تعلق الظهار بالأمة كتعلقه بالزوجة، خلافًا للشافعى، وقد تقدم. وقد قال الشافعى فيمن تزوج أمة، فظاهر منها، ثم اشتراها: أنه لا يطؤها بملك اليمين حتى يكفر.

وهذا يدل على أن للظهار تأثيرًا فى تحريم الوطء، ولولا ذلك لوجب أن تحل له بملك اليمين.

قَالَ مَالِك: لا يَدْخُلُ عَلَى الرَّجُلِ إِيلاءٌ فِى تَظَاهُرِهِ إِلا أَنْ يَكُونَ مُضَارًّا لا يُرِيدُ أَنْ يَفِيءَ مِنْ تَظَاهُرِهِ.

الشرح: قوله: **«لا يدخل على الرجل إيلاء فى تظاهره»**، يريد أن يكون تظاهرًا غير معلق بصفة، وإن علقه بصفة مثل أن يقول: إن لم أفعل كذا وكذا، فإنه يضرب له أجل الإيلاء من يوم يرفعه إلى السلطان، ويلزمه حكم المولى؛ لأن الوطء ممنوع محرم عليه حتى يفعل ما علق يمينه به.

فإذا كان ممتنعًا من الوطء لأجل يمينه بالظهار، ولم تكن اليمين مباشرة للمنع من الوطء لم يدخل عليه الإيلاء، إلا إذا طالبته الزوجة بذلك، ورفعته، فيضرب له السلطان من ذلك اليوم أجل المولى.

مسألة: وأما إذا كان الظهار مطلقًا غير معلق بصفة، فلا يدخل عليه بمجرد الظهار؛ لأن يمينه لم تباشر المنع من الوطء، وإنما تحريم الوطء حكم من أحكامه كالطلاق الرجعى.

فصل: وقوله: «**إلا أن يكون مضارًا، لا يريد أن يفىء من تظاهره**»، معنى ذلك أن يجد الكفارة، فلا يكفر، قاله مالك فى المبسوط. قال مالك: وإذا لم يتبين ضرره، لم يوقف إلا أن يطول ذلك.

وروى أشهب عن مالك فى المتظاهر لا يجد ما يعتق ولا يقدر على الصيام، ولا يجد ما يطعم، فلا مخرج له، وليكف عن أهله حتى يجد ما يكفر به، يريد ولا حجة لها، ففى هذا ثلاثة أحوال، أحدها: أن يتبين ضرره، فيدخل عليه الإيلاء. والثانية: أن لا يتبين ضرره ولا عذره، فلا يدخل عليه أجل الإيلاء بطول المدة. والحالة الثالثة: أن يتبين عذره، فلا يدخل عليه إيلاء جملة.

مسألة: واختلف قول مالك فى أجل الإيلاء، ففى المدونة: يبتدأ له أجل المولى عندما يرى الناس من إضراره، ثم يجرى بحساب المولى، تأول بعض القرويين على أنه يضرب له الأجل من يوم يتبين ضرره.

وفى كتاب محمد: أجله من يوم التظاهر، ولذلك اختصر بعض المختصرين مسألة المدونة، والذى عندى أن القولين فى المدونة، وقد بينته فى شرح المدونة، والله أعلم.

١١٦٤ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّهُ سَمِعَ رَجُلا يَسْأَلُ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ عَنْ رَجُلٍ قَالَ لامْرَأَتِهِ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَنْكِحُهَا عَلَيْكِ مَا عِشْتِ، فَهِيَ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَقَالَ عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ: يُجْزِيهِ عَنْ ذَلِكَ عِتْقُ رَقَبَةٍ.

الشرح: قال ابن مزين: قلت لعيسى بن دينار: أرأيت معنى هذا، أى أول امرأة يتزوجها عليها، فإنه يعتق عنها رقبة، ثم إن تزوج بعد ذلك، فلا شىء عليه؟ قال: نعم، هو معنى قوله، وبه آخذ، وهو قول مالك بمنزلة من تظاهر من نسوة له فى كلمة واحدة، فليس عليه إلا كفارة واحدة يجتزئ بها عنهن.

وقال يحيى بن يحيى، عن نافع بن نافع: لست آخذ به، ولكنى أرى أنه قد تظاهر من كل امرأة ينكحها عليها، فكلما نكح امرأة، كفر عنها قبل أن يمسها، كفارة عن كل امرأة.

١١٦٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤٥.

ومثله فى كتاب ابن المواز، فيمن قال: كل امرأة أتزوجها، فهى علىَّ كظهر أمى، فإنه تلزمه كفارة عن كل امرأة يتزوجها أبدًا.

وفى العتبية عن مالك من رواية ابن القاسم مثل ما فى الموطأ ممن قال: كل امرأة أتزوجها عليك ما عشت، فهى علىَّ كظهر أمى، يجزئه فى ذلك كفارة واحدة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ظهار العبد

١١٦٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ ظِهَارِ الْعَبْدِ، فَقَالَ: نَحْوُ ظِهَارِ الْحُرِّ.

قَالَ مَالِك: يُرِيدُ أَنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهِ كَمَا يَقَعُ عَلَى الْحُرِّ.

الشرح: وهذا كما قال أن ظهار العبد كظهار الحر فى لزومه وتعلق أحكامه به، على ما فسره مالك، رحمه الله، من أنه يقع عليه كما يقع على الحر.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٣] الآية، ولم يفرق بين الأحرار والعبيد، ولا يجوز أن يقال إن العبد لما لم يكفر بالعتق ليس من أهل الظهار، ولا مخاطبًا بالآية.

كما لا يجوز أن يقال ذلك فى المعسر الضعيف عن الصيام، ولأنه قد قال تعالى: ﴿**فمن لم يجد فصيام شهرين**﴾ [النساء: ٩٢]، والعبد ليس بواجد للرقبة، فيصوم شهرين، فحكمه ثابت بالآية.

قَالَ مَالِك: وَظِهَارُ الْعَبْدِ عَلَيْهِ وَاجِبٌ، وَصِيَامُ الْعَبْدِ فِي الظِّهَارِ شَهْرَانِ.

الشرح: قوله: «**إن ظهار العبد عليه واجب**»، يريد أنه يلزمه ويثبت فى حقه حكمه.

وقوله: «**وصيامه فى الظهار شهران**»، يريد أن حكمه فى قدر الصيام حكم الحر؛ لأن صيامه على وجه الكفارة، والكفارات يستوى فيها حكم الأحرار والعبيد كسائر الكفارات.

وأما العتق، فلا يثبت فى حقه لوجهين، أحدهما: أنه محجور عليه فى ماله. والثانى: أن الولاء لا يثبت له. فأما الحجر عليه، فإن المحجور عليه على ضربين، أحدهما: أن

١١٦٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤٦.

يحجر عليه لحق نفسه، كالسفيه المولى عليه، فهذا يلزمه الظهار كما يلزمه الطلاق.

وأما الذى يجب عليه به، فاختلف أصحابنا فى ذلك، ففى العتبية من رواية عبد الملك ابن الحسن، عن ابن وهب: أن له أن يعتق بغير إذن وليه، إن كان مليًّا، وإن لم يكن له إلا رأس، لم أحب له إلا الصيام.

وقال أصبغ فى الموازية: لا يجزئه إلا العتق إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، صام ولا يمنع من الصوم، فإن أبى، فهو مضار.

وروى ابن نافع، عن مالك: يرفع ذلك إلى السلطان، فإن رأى العتق خيرًا له من فراق أهله، أعطاه رقبة يكفر بها، وإن رأى ذلك خيرًا، فرق بينه وبين امرأته، ولا يصوم.

ومن المدنية، قال ابن المواز: إن لم ير له وليه الكفارة بالعتق، كفر هو بالصوم.

فقول ابن وهب مبنى على أصلين، أحدهما: أن ما تقرر وجوبه بالشرع من حقوق الله ليس مصروفًا أداؤه إلى إذن الولى، فإذا أخرجه المولى عنه نفذ إخراجه، وأجزأ عنه كزكاة ماله. والوجه الثانى: أن منع الولى من العتق على وجه صحيح من النظر، يقوم مقام عدم الرقبة فى جواز الانتقال إلى الصوم.

وقول مالك مبنى على أن للسلطان النظر فى ذلك لما كان الخروج عن هذا الحق يصح بوجهين، كان له النظر فى أرشدهما، وعلى أن منع السلطان من العتق لا يبيح الانتقال إلى الصوم مع وجود الرقبة، وإنما له النظر فى أرشد الأمرين، العتق عنه أو الطلاق عليه.

وقول ابن المواز مبنى على أن للولى النظر فى إنفاذ العتق أو منعه، وإذا منع منه قام ذلك مقام عدم الرقبة، فانتقل إلى الصوم.

مسألة: وأما المحجور عليه لحق غيره كالعبد، فإنه لا تجوز له الكفارة بالعتق لمعنيين، أحدهما: حق السيد. والثانى: أن الولاء لا يثبت، وذلك يمنع وقوع العتق عنه.

وعن مالك فى المدونة والمبسوط: لا يجزئه العتق، وإن أذن له السيد فيه؛ لأنه لا يكون له الولاء. وقد قال عبد الملك بن الماجشون: لا يكفر بالعتق؛ لأن الولاء لسيده.

مسألة: فإذا قلنا لا يجوز له العتق، وأن فرضه الصيام، فهل لسيده أن يمنعه منه أم لا؟ ففى كتاب ابن المواز، روى ابن القاسم، عن مالك: لأهله منعه إذا أضر ذلك بهم فى

خدمته وعمله، وإذا لم يضر ذلك بهم، وإنما قصدوا ليفرقوا بينه وبين أهله، أجبروا على ذلك.

وقال ابن الماجشون: ليس لسيده منعه من الصوم، وإن أضر ذلك به فى عمله، وقاله محمد بن دينار فى المدنية، وقال: لو شاء سيده لم يأذن له فى النكاح.

وجه قول مالك أنه معنى أدخله على نفسه، فليس له أن يدخل على نفسه ما يضر بسيده فى عمله، كحقوق الآدميين.

ووجه قول ابن الماجشون أن هذا صوم قد ثبت عليه، فلم يكن لسيده منعه كالفرض، ولأن هذا من أحكام النكاح التى قد ملكها بالنكاح، فلا يكون لسيده منعه إلا بما يتعلق بماله.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك: له منعه، إذا أضر ذلك به، ففى كتاب ابن سحنون، عن مالك: إن كان يؤدى الخراج، لم يكن له منعه، فإن قوى على صومه وعمله، فلا يمنع، ووجه ذلك ما قدمناه.

فرع: فإذا كان يضر بعمله، وسوغنا للسيد منعه من الصوم، فقد قال ابن القاسم: إن منعه سيده الصيام، وأذن له في الإطعام، أجزأه. قال مالك فى المبسوط: إن أذن له سيده فى الإطعام، فالصيام أحب إلىّ منه.

قال ابن القاسم: لا أدرى ما هذا، وليس يطعم أحد يستطيع الصيام، ولا أرى جواب مالك فى المسألة إلا وهمًا، ولعله أراد كفارة اليمين.

قال القاضى أبو إسحاق: معناه أن لا يقدر على الصوم، فيقول الإطعام يجزئه، وليس يستحسنه؛ لأن للسيد التصرف فيه قبل أن يخرجه إلى المساكين، ويحتمل عندى أن يكون معنى ذلك أن الصوم يضر به فى عمله، فللسيد منعه منه، على قول مالك، ويأذن له فى الإطعام، فالصيام كان أفضل أن يأذن له فيه.

ويحتمل أن يريد به أنه لا يصوم إلا بإذن السيد، ولا يطعم إلا بإذن السيد، فالصيام أحب إليه أن يأذن فيه؛ لأنه لا يقدر السيد أن يتموله قبل إنفاذه، ويقدر على إزالة المال منه قبل إنفاذه.

وقال ابن الماجشون: ولأنه لو شاء رجع عن إذنه. وفى المدنية: قال محمد بن إبراهيم ابن دينار: ليس على العبد المتظاهر عتق ولا إطعام، ولو كان يجد ما يطعم ويعتق، ولكن يصوم.

وقال ابن الماجشون فى المبسوط: لا يطعم؛ لأن إذن السيد لا يخرج الإطعام من ملك السيد إلا إلى المساكين. قال الشيخ أبو محمد: يريد أن ملك العبد غير مستقر، ولفظه يقتضى غير هذا؛ لأنه إذا كان ملكه غير مستقر عليه، لم يوجب ذلك أن يكون من ملك السيد، وإنما يقتضى قول ابن الماجشون هذا أن العبد لا يملك إنما يملك ما يضاف إليه من مال سيده.

وجه رواية ابن القاسم أن العبد يملك ما يطعم، وليس فى الإطعام معنى يراعى غير إذن السيد؛ لأنه ممنوع لحق السيد، فإذا أذن فيه السيد جاز كالصوم. ووجه قول ابن الماجشون ما قدمناه.

قَالَ مَالِك فِى الْعَبْدِ يَتَظَاهَرُ مِن امْرَأَتِهِ: إِنَّهُ لا يَدْخُلُ عَلَيْهِ إِيلاءٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ ذَهَبَ يَصُومُ صِيَامَ كَفَّارَةِ الْمُتَظَاهِرِ دَخَلَ عَلَيْهِ طَلاقُ الإِيلاءِ قَبْلَ أَنْ يَفْرُغَ مِنْ صِيَامِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن العبد لا يدخل عليه إيلاء بنفس الظهار، ولا بالتوقيف؛ لأن صيامه شهران وأجله فى الإيلاء شهران، فإن أفطر ساهيًا أو لمرض يقضى أجل الإيلاء قبل تمام الكفارة، ولا يجوز أن يضرب أجل الإيلاء على هذا.

وهذا القول من مالك يحتمل وجهين، أحدهما: أنه لا يضرب له أجل الإيلاء بوجه، ولو أذن له سيده فى الصوم؛ لأن صومه لا ينقضى حتى ينقضى أجل الإيلاء، وتعليل مالك فى الموطأ يقتضى غير هذا، غير أنى لا أعلم أحدًا من أصحابنا قال بذلك، ولا يوجد لمالك على هذا التفسير، ولعله أراد أن هذا من بعض ما يعتذر به العبد فى رفع أجل الإيلاء عن نفسه. والثانى: أن يريد العبد الصوم، ويمنعه منه سيده؛ لأنه يضر به، فإن فى ذلك عذرًا للعبد يمنع دخول الإيلاء عليه، وبه قال أصبغ.

وقد روى ابن القاسم، عن مالك: لا يدخل على العبد إيلاء إلا أن يكون مضارًا، لا يريد أن يفىء أو يمنعه أهله الصيام بأمر لهم فيه عذر، فهذا يضرب له أجل الإيلاء، إن رافعته امرأته.

فمعنى ذلك أن الأجل إنما يضرب بالشرع فى الكفارة إذا امتنع منها، وكذلك إذا منعه منه أهله، فإنما يضرب له الأجل ليبيح أهله له فى أثناء ذلك التكفير بالصيام.

وأما أصبغ، فلم ير منع أهله من الصيام ضررًا يدخل عليه به الإيلاء؛ لأنه ليس من

قبله، وإنما هو حر يملكه غيره، كما لا يدخل على الحر الإيلاء بترك عتق عبد لا يملكه، والله أعلم.

* * *

ما جاء في الخيار

١١٦٦ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ فِي بَرِيرَةَ ثَلاثُ سُنَنٍ[1] فَكَانَتْ إِحْدَى السُّنَنِ الثَّلاثِ أَنَّهَا أُعْتِقَتْ، فَخُيِّرَتْ فِي زَوْجِهَا، وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وَدَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْبُرْمَةُ تَفُورُ بِلَحْمٍ، فَقُرِّبَ إِلَيْهِ خُبْزٌ وَأُدْمٌ مِنْ أُدْمِ الْبَيْتِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَمْ أَرَ بُرْمَةً فِيهَا لَحْمٌ؟» فَقَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَلَكِنْ ذَلِكَ لَحْمٌ تُصُدِّقَ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ، وَأَنْتَ لا تَأْكُلُ الصَّدَقَةَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ وَهُوَ لَنَا هَدِيَّةٌ».

الشرح: قول عائشة، رضى الله عنها: **«كان فى بريرة ثلاث سنن»**، تريد ثلاثة أحكام مشروعة سنها رسول الله ﷺ، وكانت أسبابها مختصة ببريرة.

وفى هذا ما يدل على أن تحفظ أسباب الأحكام مما اهتبل به الصحابة، رضى الله عنهم، ونقله عنهم العلماء؛ لأن ذلك عون على فهم معنى الحكم وعمومه، أو خصوصه، ووجه تعلقه بمن تعلق به من اختصاص به، أو تعد إلى غيره، وفيه عون على حفظ الأحكام واستدامة حفظها.

١١٦٦ - أخرجه البخارى كتاب الطلاق باب لا يكون بيع الأمة طلاقا، ٨٤/٧ عن عائشة. مسلم كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ١٤، ١١٤٥/٢ عن عائشة. ابن ماجه برقم ٢٠٧٦، ٦٧١/١ كتاب الطلاق باب خيار الأمة عن عائشة. أحمد ٣٦١/١ عن عائشة. الدارمى ١٦٩/٢ عن عائشة. البيهقى فى السنن ١٨٥/٦ عن عائشة. البغوى بشرح السنة ١٠٧/٦ عن عائشة. الطبرانى فى الكبير ٣٠٨/١١ عن عائشة فى البيوع ١٢٥٦، الوصايا ٢١٢٤، الولاء والهبة ٢١٢٥، الأحكام ٢٥٢١.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٤/٧: قد أكثر فى تشقيق معانى الأحاديث المروية فى قصة بريرة، وتفتيتها، وتخريج وجوهها: فلمحمد بن جرير فى ذلك كتاب، ولمحمد بن خزيمة فى ذلك كتاب، ولجماعة فى ذلك أبواب أكثر ذلك تكلف، واستنباط، واستخراج محتمل، وتأويل ممكن، لا يقطع بصحته، ولا يستغنى عن الاستدلال عليه.

فصل: ثم فسرت ذلك، فقالت: **«إن إحدى السنن الثلاث أنها أعتقت، فخيرت في زوجها»**[٢]، ومعنى ذلك أنها كانت أمة، وكان زوجها عبدًا اسمه مغيث، كذلك روى ابن عباس، رضى الله عنه، فخيرها رسول الله ﷺ فى البقاء معه على حكم الزوجية أو المفارقة.

ولا خلاف فى ذلك إذا كان الزوج عبدًا؛ لأن الحرية رتبة أرفع من رتبة الرق، وليس للعبد أن يتزوج حرة، إلا بأن يبين لها أمره ولو غرها، ثم اطلعت على أنه عبد، لكان لها مفارقته.

فلما تزوج العبد أمة، وكانت من نسائه مساوية له فى الرتبة، لم يكن لها خيار ما كانت رقيقًا مثله، فإذا ارتفعت رتبتها بالحرية، كان لها أن تفارقه لنقصه عن رتبتها أو تقيم معه.

مسألة: وإن كانت مدخولاً بها، فقد اختلف قول مالك فيه، فقال مرة: ليس لها أن تطلق نفسها إلا واحدة، هذا الذى ذكره فى المدونة، وأكثر الكتب. وفى المدنية: أن قوله الأول لها إيقاع أكثر من ثلاث.

روى عبد الرزاق بن دينار، عن محمد بن يحيى، قال مالك: إذا أعتقت الأمة تحت عبد، كان لها أن تطلق نفسها أكثر من تطليقة واحدة.

قال محمد بن يحيى: وقد قال: ليس لها ذلك. قال عيسى بن دينار: قال ابن القاسم: بقول مالك الأول: لها ذلك.

---

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/٢٥٥: فأما قول عائشة: إن بريرة أعتقت: فخيرت فى زوجها فكانت سنة، ولكن من ذلك سنة مجتمع عليها، ومنها ما اختلف فيه: فأما المجتمع عليه الذى لا خلاف بين العلماء فيه، فهو أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد قد كانت زوجت منه فإن لها الخيار فى البقاء معه، أو مفارقته، فإن اختارت المقام فى عصمته لزمها ذلك، ولم يكن لها فراقه بعد، وإن اختارت مفارقته فذلك لها، هذا ما لا خلاف علمته فيه.

واختلف الفقهاء فى وقت خيار الأمة إذا أعتقت. فقال أبو حنيفة، وأصحابه وسائر العراقيين: إذا علمت بالعتق، وبان لها الخيار فخيارها على المجلس.

وقال الثورى، وأبو حنيفة، والأوزاعى: إذا جامعها وهى لا تعلم بالعتق فلها الخيار لأنها جومعت ولا تعلم، فإن علمت فجامعها بعد العلم، فلا خيار لها.

قال الثورى: فإن ادعت الجهالة حلفت ثم يكون لها الخيار. وقال مالك، وأصحابه، والشافعى، ومن سلك سبيله، والأوزاعى: لها الخيار ما لم يمسها زوجها.

قال الشافعى: لا أعلم فى ذلك وقتًا إلا ما قالته حفصة رضى الله عنها.

وفى المبسوط من رواية أبى ثابت، عن ابن القاسم: ثنتين؛ لأن ذلك جميع طلاق العبد، ولعله مما أصلحه أبو ثابت والقاضى أبو إسحاق على أن لقوله ثلاثًا وجهًا سائغًا سنبينه إن شاء الله تعالى.

فوجه قوله أنه لا يملك إلا طلقة بائنة، أن عدد الطلاق إنما هو حكم مختص بالأزواج، ولما حصل للزوجة ما تملك به نفسها، وجب أن تكون طلقة بائنة، ولو كانت تملك عدد الطلاق لكانت الواحدة رجعية، والطلاق الواجب بالشرع هو بائن، وإن عرا عن العوض.

ووجه الرواية الثانية أن جهة الزوجة لما انتقل إليها الطلاق، انتقل إليها العدد، وكانت جهة حرية، فكملت فيها الثلاث.

ويبين هذا أن زياد بن جعفر روى عن مالك أنه إن طلقها طلقة أو طلقتين، فإنها أملك لنفسها، وهو خاطب، فلم يحرمها عليه بالثنتين، فدل ذلك على أنها لا تبين إلا بالثلاث.

وروى محمد بن يحيى الشيبانى، عن مالك فى المدنية: كانت تحت عبد، فطلقها ثم أعتقت فى عدتها، فاختارت نفسها، فقد بانت منه؛ لأن طلاق العبد ثنتان، فثبت أن فى المسألة روايتين. قال محمد: ولو اختارت نفسها، ولا نية لها، كانت واحدة بائنة.

ومعنى ذلك أن اللفظ إذا كان موضوعًا للطلقة الواحدة، وصح أن يوقع به الثلاث، فإن إطلاقه يقتضى الواحدة كقول الزوج: أنت طالق، وفى المبسوط أنه طلاق، وليس بفسخ.

مسألة: وإذا كان الزوجان نصرانيين، وسيداهما مسلمين، كان ذلك حكمهما، قاله أشهب فى العتبية والموازية؛ لأن السيد لما كان له تعلق بالفرقة من استباحة الأمة بملك اليمين، كان الحكم بين مسلم وكافر، فأجرى على حكم الإسلام.

وروى عن أصبغ أنه قال: وكذلك لو كان السيد نصرانيًا، وأنكرها سحنون، وقال: لا يعرض لها.

مسألة: وإذا كان نصف الأمة حرًا، فأعتقت تحت عبد، فلها الخيار، رواه ابن القاسم، عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أن حكمها حكم الأمة ما بقى فيها شعبة من الرق، فلا خيار لها، كما لا خيار للأمة.

وفي المبسوط عن مالك في الأمة تحت العبد، يعتق بعضها: لا خيار لها حتى يعتق جميعها، فإذا كمل عتقها انتقلت إلى حكم الحرية، فثبت لها الخيار، ولو أن مدبرة أو أم ولد توفي سيدهما، فعتقا، أو مكاتبة أدت كتابتها، كان لها الخيار، إذا كان الزوج عبدًا، رواه القعنبي، عن مالك في المبسوط.

ووجه ذلك ما قدمناه من وجوب الخيار بتمام العتق.

مسألة: فإن أعتقت الأمة في حال حيض، ففي العتبية من رواية عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: لا تختار حتى تطهر، فإن اختارت مضى، فإن أخرت، فعتق الزوج قبل أن تطهر، لم يقطع ذلك خيارها.

ووجه ذلك أنه قد ثبت لها الخيار في وقت لم يكن للزوج المنع منه، وإنما أخرت إيقاعه للشرع، لا رضى بالزوجية، فكانت باقية على خيارها.

وفي المبسوط من رواية القعنبي، عن مالك: إذا أعتقت تحت العبد، فلم يبلغها حتى عتق زوجها، بطل خيارها. وقال: لا خيار لها إذا لم تختر حتى يعتق زوجها، ويحتمل هذا أن يكون على روايتين، ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن الحائض ممنوعة بالشرع، والله أعلم.

مسألة: ولو أن أمة تحت عبد، قالت: متى أعتقت، فقد اخترت نفسي، أو اخترت زوجي، ففي العتبية من رواية أشهب، عن مالك: ليس ذلك بشيء.

وروى عن مالك في الحرة ذات الشرط في النكاح والتسري، تقول: متى فعل شيئًا من ذلك زوجي، فقد اخترت نفسي، أن ذلك لها. قال المغيرة: هما سواء، ولا شيء لهما.

فالفرق بين الأمة تعتق والحرة تأخذ بشرطها، على رواية أشهب، عن مالك أن الأمة ليست بصفة من يختار، فلذلك لم يجز خيارها، والحرة بصفة من يختار، وممن قد ثبت لها الخيار، وإنما علق نفوذه بصفة مخصوصة، فقد أوقعته على حسب ما جعل إليها من تأخير الوقوع، ولم يعلق بوجود تلك الصفة إيقاعها الطلاق، وإنما علق بها وقوعه.

ووجه قول المغيرة أن الحرة إنما جعل ذلك إليها في وقت مخصوص، وهو بعد أن يوجد من الزوج النكاح أو التسري، فكما لا يصح وقوع الطلاق قبله، فكذلك الأمة؛ لأن الشرع إنما جعل ذلك لها بعد وجود العتق، فليس ذلك لها قبله.

فصل: وقولها، رضى الله عنها: **«وقال رسول الله ﷺ: الولاء لمن أعتق»**، معنى ذلك أن بريرة كان أهلها، وهم بنو هلال، كاتبوها، فأرادت عائشة، رضى الله عنها، أن تشتريها، ويكون ولاؤها لها، وأراد أهلها أن يبيعوها ويستثنوا ولاءها، فجوز النبى ﷺ البيع، وأبطل اشتراط البائعين الولاء، وقال رسول الله ﷺ: **«الولاء لمن أعتق»**، وإنما يصح ذلك عندنا على أصول نبينها بعد فى كتاب الكتابة إن شاء الله تعالى، فمن ذلك أن تكون بريرة قد عجزت عن أداء ما وجب عليها من نجومها، وصارت فى حكم من عاد إلى الرق، فلذلك أجاز بيعها.

ووجه ما أمر به ﷺ من إبطال اشتراط الولاء، أن الولاء ليس مما يتناوله البيع، وإنما هو شىء يترتب بالعتق، وإنما يملك المشترى منافع العبد ما دام حيًا فى رقه، وهى التى يتناولها شراؤه.

ومن اشترط الولاء، فإنما اشترط معنى يثبت بعد زوال الملك، فصح شراؤه، ولم يؤثر استثناؤه فى العقد؛ لأنه لم يتناول الاستثناء ما يتناوله عقد البيع، وإنما تناول معنى آخر لا يثبت إلا بعد استيفاء المبيع.

وقد اختلف العلماء فيمن نكح على أن لا ميراث بينهما، ففى الموازية عن أصبغ: يفسخ وإن دخل، وقال محمد: ليس بنكاح لا يتوارث فى أصله، فيكون حرامًا، وإنما دفع الميراث بالشرط، فأحب إلىّ أن يسقط الشرط، ويثبت النكاح، وبلغنى ذلك عن مالك والمغيرة.

وقال بعض من تكلم على هذا الحديث: أن الولاء اشترطته عائشة، رضى الله عنها، لنفسها، وأن معنى قول النبى ﷺ: «واشترطى لهم الولاء»، أى اشترطيه عليهم؛ لأن اللام قد تكون بمعنى على، وهذا الذى قاله غير صحيح من وجوه، أحدها: أن اللام على أصلها لا يجوز أن يعدل بها عن ذلك إلا بدليل.

والثانى: أنه ﷺ زجر عن ذلك، فقال ﷺ: «ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس فى كتاب الله، فشرطه باطل، كتاب الله أحق، وإنما الولاء لمن أعتق»(*).

ووجه ثالث ما روى هشام، عن أبيه، عن عائشة، أن النبى ﷺ خطب فى ذلك،

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢١٦٨، ٢٥٦٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٥٢١. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٢٥٨.

فقال: «ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلان والولاء لى، إنما الولاء لمن أعتق»(*).

وروى عبد الله بن يوسف، عن مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر: أرادت عائشة أن تشترى جارية لتعتقها، قال أهلها: على أن ولاءها لنا، قال رسول الله ﷺ: «لا يمنعك ذلك، فإن الولاء لمن أعتق»، وهذا نص فى منع ذلك التأويل، والله أعلم.

فصل: وقولها: **«ودخل رسول الله ﷺ والبرمة تفور بلحم»**، تريد مملوءة باللحم، وما كان معه من مرقة حتى صارت تفور بالغليان، **«فقرب إليه خبز وأدام من أدام البيت»**، يريد ما يكون مدخرًا فى البيوت كالسمن والملح، ولا يكاد يعدم منها.

وقوله ﷺ: **«ألم أر برمة فيها لحم»**، إنكار لتقديمهم إليه ما دون اللحم من الأدام مع وجود اللحم، وهذا يدل على أنه ﷺ لم يكن يقدم إليه إلا أفضل ما يكون عنده من الأدام والطعام.

ويدل على أن أكل الإنسان أفضل ما معه من الأدام ليس بمناف للورع لقوله تعالى: **﴿يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحًا إنى بما تعملون عليم﴾** [المؤمنون: ٥١]؛ لأن الورع إنما هو فى سلامة المكسب من الشبهة.

وبعد ذلك، فإن الإيثار به وجه من وجوه البر، كما أن إنفاقه على العيال والتوسعة منه عليهم، وجه من وجوه البر.

فصل: وقولهم: **«بلى يا رسول الله، لكنه لحم تصدق به على بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة»**، إخبار له بالوجه الذى منع من تقديمه إليه، وهو أنه لا يأكل الصدقة، وهذا مما تصدق به على بريرة. وهذا يدل على أنه لم يكن يمتنع منه لفضله على سائر الأدام، ولو عهد منه تركه لذلك كما عهد منه تركه أكل الصدقة لجووب به.

وليس من هذا الباب السرف فى المطعم، والخروج به عن العادة، وما تتخذ به المطاعم المستطابة المعتادة، وتجاوز ذلك إلى السرف الخارج عن العادة، وجمع الأدام والألوان على أكثر الأوقات مع حاجة الناس، وضيق معاشهم.

ولا بأس بجمع الأدام فى النادر لضيف أو وليمة أو ما أشبه ذلك، أو احتفال فى عيد أو اجتماع، وإنما يكره من ذلك فى باب الورع الخروج إلى حد السرف بكثرة الألوان،

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥٠٤. النسائى فى الصغري حديث رقم ٣٤٥١. أبو داود حديث رقم ٣٩٢٩.

والخروج بها عن الوجوه المعتادة من وضع الطيب فيها بكثير الأثمان، وأقبح ما يكون ذلك عند نزول الحاجة بالناس، وضيق معاشهم، وضرورتهم إلى المواساة.

فصل: وقوله ﷺ: **«هو لها صدقة، وهو لنا هدية»**، يريد ﷺ أنه لا يأكل صدقة أخرجها متصدقها، فجعله ﷺ محلاً لقبولها، أو كان هو ﷺ ممن يأكلها قبل أن تكمل الصدقة فيها ببلوغها محلها.

فإذا بلغت محلها، وصارت بيد من تصدق بها عليه، جاز أن يهديها إليه من قبضها وتصدق بها عليه، أو يبيعها منه، أو يصيرها إليه بغير وجه الصدقة، ولو كان ما تصدق به مرة ثبت له حكم الصدقة أبدًا لما جاز للفقير إذا تصدق عليه بشيء أن يبيعه من غنى، بل لا خلاف بين المسلمين أنها لا تنتقل عن حكم الصدقة إلى حكم البيع والهبة والميراث، فيرثها الغنى عن مورثه الفقير، وتصير إليه عنه بالهبة وغير ذلك من أنواع التمليك، ولا يكون لشيء من ذلك حكم الصدقة، وإنما له حكم الوجه الذى نقل آخرًا، وبالله تعالى التوفيق.

١١٦٧ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِى الأَمَةِ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ، فَتَعْتِقُ: إِنَّ الأَمَةَ لَهَا الْخِيَارُ مَا لَمْ يَمَسَّهَا.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ مَسَّهَا، فَزَعَمَتْ أَنَّهَا جَهِلَتْ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ، فَإِنَّهَا تُتَّهَمُ وَلا تُصَدَّقُ بِمَا ادَّعَتْ مِنَ الْجَهَالَةِ، وَلا خِيَارَ لَهَا بَعْدَ أَنْ يَمَسَّهَا.

الشرح: قوله: **«فى الأمة تكون تحت العبد، فتعتق، أن لها الخيار»**، من تعلق بدليل الخطاب اقتضى ذلك عنده أنها إذا كانت تحت الحر، أن لا خيار لها، وهو مذهب مالك، وإن لم يقل بدليل الخطاب لما قدمناه.

فإن الرتبة التى تحصل لها بالحرية فوق رتبة العبد، فأوجب لها ذلك الخيار، وإذا كان زوجها حرًا لم تكن بالعتق أرفع رتبة منه، فلم يكن لها الخيار.

فصل: وقوله: **«أن لها الخيار ما لم يمسها»**، يريد أن لا يختص خيارها بالمجلس الذى يعلم فيه بعتقها، بل لها ذلك ما لم تمكنه من نفسها طائعة، أو يترك ذلك ابتداء أو يوقفها السلطان، فإما قضت وإما أخرج ذلك من يدها.

١١٦٧ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤٨.

مسألة: وإذا قيل لها: اختارى بعد العتق، فقالت: حتى أنظر وأستشير، ومنعته نفسها، فإن ذلك لا يقطع خيارها، وهذا يدل على أن ذلك لا يختص بمجلس العتق، ولا بمجلس علمها به.

وفى المدنية: سئل ابن كنانة عن أمة عتقت تحت عبد، فأقامت تحته أيامًا، ثم هاج بينهما شىء، فأرادت أن تختار، فقال: إذا علم من حالها بعد عتقها الرضا، لم يكن لها أن تختار لشىء وقع بينهما. وروى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: لها ذلك، إلا أن يشهد عليها بالرضا والإقامة، وترك الخيار.

فصل: وقوله: **«فإن مسها، فزعمت أنها جهلت أن لها الخيار، لم تصدق، ولا خيار لها»**، وهذا كما قال؛ لأن ادعاءها الجهل بحق لها بعد أن يوجد منها ما ظاهره إسقاط ذلك الحق، لا تصدق له؛ لأنه رجوع فى حق أسقطته.

فصل: وقوله: **«ولا خيار لها بعد أن يمسها»**، يريد بعد علمها بالعتق، ولو قالت: لم أعلم بالعتق، وقد مسها بعده، ففى كتاب ابن المواز: أنها مصدقة ما لم تقم بينة أنها علمت بذلك.

ووجه ذلك أن الأصل عدم علمها، وما يدعى عليها من العلم، فأمر طارئ يجب على مدعيه.

١١٦٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُـرْوَةَ بْـنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ مَـوْلاةً لِبَنِـى عَـدِىٍّ يُقَالُ لَهَا زَبْرَاءُ أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ عَبْـدٍ، وَهِـىَ أَمَـةٌ يَوْمَئِـذٍ، فَعَتَقَـتْ، قَـالَتْ: فَأَرْسَلَتْ إِلَـىَّ حَفْصَـةُ زَوْجُ النَّبِـىِّ ﷺ فَدَعَتْنِى، فَقَـالَتْ: إِنِّـى مُخْبِرَتُكِ خَبَرًا وَلا أُحِبُّ أَنْ تَصْنَعِى شَيْئًا، إِنَّ أَمْرَكِ بِيَدِكِ مَا لَمْ يمسك زَوْجُكِ، فَإِنْ مَسَّكِ، فَلَيْسَ لَـكِ مِنَ الأَمْرِ شَـىْءٌ، قَـالَتْ: فَقُلْـتُ: هُـوَ الطَّـلاقُ، ثُـمَّ الطَّـلاقُ، ثُـمَّ الطَّـلاقُ، فَفَارَقَتْـهُ ثَلاثًا.

الشرح: قوله: **«أن مولاة لبنى عدى، يقال لها زبراء، كانت تحت عبد، وهى أمة يومئذ»**، يدل على أن المولاة غير الأمة، وأنها لا توصف بمولاة حين كونها أمة، ولذلك أخبر عن مولاة لبنى عدى، وذكر أنها كانت أمة يوم كانت تحت عبد.

١١٦٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٤٩.

ولو كانت مولاة حين كونها أمة لاستغنى عن أن يقول بعد قوله: «**مولاة لبنى عدى أمة يوم كانت تحت العبد**»، وإنما وصفت زوجها بالعبودية لتشير إلى أن هذا الحكم الذى ثبت لها بالعتق متعلق بمن كان زوجها عبدًا.

فصل: وقوله: «**فعتقت تحت العبد**»، وبذلك العتق وصفت بعد ذلك بأنها مولاة من أعتقها، فلما عتقت أرسلت إليها حفصة زوج النبى ﷺ تعلمها بما ثبت لها من التخيير بالعتق، وهذا حكم كل من علم لأخيه المسلم حقًا يخاف أن يخفى عليه، ويضيع إذا لم يعلم به أن ينبهه عليه ويعلمه.

فصل: وقولها: «**إنى مخبرتك خبرًا ولا أحب أن تصنعى شيئًا**»، يقتضى دين حفصة وفضلها، وأنها لم تقصد بذلك أذى الزوج، وإنما قصدت إعلامها بما يجب لها، ثم أعلمتها أنها لا تحب أن تفارقه، بل تحب أن تبقى على حكم الزوجية.

ثم أعلمتها بحكمها، فقالت لها: «**إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك**»، فاقتضى ذلك أن مدة كون أمرها بيدها ما لم يمسها، وما بعد ذلك، فلا خيار لها؛ لأن المدة كلها مدة لامتناع خيارها.

فإذا تبين لها أن هذا المقدار من المدة، ثبت لها فيه حكم الخيار لما كان من عتقها تحت عبد وجب أن يبطل الخيار بالمسيس، ويرجع إلى حكم ملك الزوج لها، ثم بينت ذلك، فقالت: «**فإن مسك فليس لك من الأمر شىء**».

فصل: وقولها: «**فقلت: هو الطلاق، ثم الطلاق، ثم الطلاق، ففارقته ثلاثًا**»، يقتضى ما قلناه على إحدى الروايتين، أن الزوجة لما كانت حرة، وملكت الطلاق ملكته ثلاثًا، وهذا يقتضى أنه لم يتقدم له فيها طلاق، ولو تقدم له فيها طلقة لاحتسبت بها عليه، واجتزأت الآن بطلقة واحدة تبرئها منه.

وفى المبسوط فى عبد تحته أمة، فطلقها طلقة، ثم عتق، ثم طلقها ثانية، فقد بانت منه بثلاث؛ لأن نصف طلاق العبد طلقة تقوم مقام طلقة ونصف، فإذا أوقعها كان كأنه قال لها: أنت طالق طلقة ونصف طلقة.

ولو قال ذلك الحر، لزمه طلقتان، فكذلك العبد إذا أوقع طلقة، لزمه طلقتان، فإذا أعتق، فإنما بقيت له طلقة والنصف لا يصح إيقاعه، فإنما بقيت له فيها طلقة واحدة.

١١٦٩ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَبِهِ جُنُونٌ أَوْ ضَرَرٌ، فَإِنَّهَا تُخَيَّرُ، فَإِنْ شَاءَتْ قَرَّتْ، وَإِنْ شَاءَتْ فَارَقَتْ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: **«أيما رجل تزوج امرأة، وبه جنون أو ضرر»**، قال ابن زيد: قلت لعيسى بن دينار: قول سعيد بن المسيب: أيما رجل تزوج امرأة، وبها جنون أو جذام أو برص، فإنه بالخيار، ما هذا الضرر، فقال: جذام أو شيء يمنع الوطء.

فأما رواية الأصل الذى فسرناه، فالضرر فى الزوج الجذام والعنة، والضرر على حسب ما تقدم فيه من الخلاف. وأما على سؤال ابن زيد، فإن الضرر فى المرأة غير ما ذكر داء الفرج، وهو القرن الذى يمنع الوطء أو ما أشبهه من موانع الوطء، وقد تقدم الكلام على معانى هذه الصفات وأحكامها بما يغنى عن الإعادة.

قَالَ مَالِك فِي الأَمَةِ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ، ثُمَّ تَعْتِقُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا أَوْ يَمَسَّهَا: إِنَّهَا إِنِ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا، فَلا صَدَاقَ لَهَا، وَهِيَ تَطْلِيقَةٌ، وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة إذا أعتقت تحت العبد، فإن لها الخيار، سواء دخل بها أو لم يدخل بها، على ما ذكر فى الأصل.

فقد قال ابن زيد: سألت عيسى بن دينار عن قول مالك، لما جعل لها قبل أن ينى بها طلقة بائنة، وهو يقول فى التى دخل بها: تطلق ما شاءت البتة، أو أقل من ذلك، فقال: إنما أراد بذلك مالك أن تكون واحدة بائنة، إذا لم تطلق نفسها ثلاثًا، وأمرها واحد، دخل بها أو لم يدخل بها، لها أن تطلق ما شاءت من الطلاق. قال: وأخبرنى يحيى بن يحيى، عن ابن نافع مثله. وأما إذا دخل بها، فقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: **«ولا صداق لها»**، يريد أنها طلقت نفسها قبل المسيس، بمعنى تيقن فى الزوج، فلا شيء لها من الصداق كالتى تفارق زوجها بجنون أو جذام أو برص.

فصل: وقوله: **«وهى طلقة»**، يريد على قول ابن نافع أنه لم يوقع غير واحدة أو لم ينو شيئًا، ولو أوقعت الطلاق لكان لها ذلك، وعلى الرواية الثانية عن مالك: أنه ليس لها غير طلقة؛ لأنها تبين بها، والله أعلم.

١١٦٩ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٥٠.

١١٧٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: إِذَا خَيَّرَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، فَاخْتَارَتْهُ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِطَلاقٍ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا كما قال أن الرجل إذا خير زوجته، فاختارت المقام معه، أن ذلك لا يكون طلاقًا.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من رواية مسروق، عن عائشة، رضى الله عنها، قالت: «خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، فلم يعده لنا طلاقًا»(*).

ومن جهة المعنى أنه علق الطلاق بصفة، وهو أن يختاره أو يملكها إياه، فتوقعه، فإذا لم توجد الصفة، أو لم يوقع الطلاق من ملكه، وجب أن لا يقع. أصل ذلك أن يقول: إن دخلت الدار، فأنت طالق، أو يوكل أجنبيًا على الطلاق، فلا يوقعه.

قَالَ مَالِك فِي الْمُخَيَّرَةِ: إِذَا خَيَّرَهَا زَوْجُهَا، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، فَقَدْ طَلُقَتْ ثَلاثًا، وَإِنْ قَالَ زَوْجُهَا: لَمْ أُخَيِّرْكِ إِلا وَاحِدَةً، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: قوله: «**في المخيرة إذا خيرها زوجها، فاختارت نفسها، فقد طلقت ثلاثًا**»، يريد أن إطلاق لفظ التخيير يقتضى تملكها ثلاث تطليقات على ما قدمناه من أن التخيير إنما هو تخيير بين قطع العصمة وإبقاء الزوجية، وذلك لا يكون فى المدخول بها إلا بثلاث تطليقات.

وقد اختلف العلماء فى معنى التخيير، فذهب أبو بكر القاضى أن التخيير مكروه لما فيه من جمع الطلاق ثلاث. قال الشيخ أبو عمران: وما علمت من كرهه، وهذا القول عليه جمهور العلماء.

والدليل على صحة ما روى مسروق، عن عائشة: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه.

والفرق بين هذا وبين إيقاع الطلاق الثلاث جميعًا، أن هذا ليس بإيقاع طلاق، وإنما هو تمليك الزوجة إياه، وإنما منع هو من إيقاعه.

١١٧٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٥١.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٢٦٢. مسلم حديث رقم ١٤٧٧. الترمذى حديث رقم ١١٧٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٠٢. أبو داود حديث رقم ٢٢٠٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٥٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٦٦١.

فرع: فإذا قلنا بأن التخيير مباح للزوج، فهل يحرم على الزوجة اختيار الفرقة، وهي ثلاث. قال الشيخ أبو عمران: إنما يكره ذلك للزوج دون الزوجة.

فصل: وقوله: «**فاختارت نفسها، فقد طلقت ثلاثًا**»، ظاهره يقتضي أن قولها: «**قد اخترت نفسي**»، إنما يقتضي في التخيير ثلاث تطليقات، وكذلك التمليك؛ لأن هذا اللفظ إنما يقتضي ملكها لنفسها وإزالة ملك الزوج منها.

فهذا معنى اختيارها لنفسها، وهذا لا يكون إلا بثلاث تطليقات، فإذا اقتضى تخييره، لها تمليكه الثلاث، واقتضى اختيارها لنفسها الثلاث، حكمَ بها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يطلق المخير تخييره أو يقيده، فإن أطلقه أو قيده بالثلاث، حمل على ذلك، وإذا قيده بما دون الثلاث، فحكمه حكم التمليك، فإذا أطلق، فأجابته المرأة، فلا يخلو أن تجيب بلفظ يقتضي الثلاث أو بلفظ يقتضي ما دون ذلك، أو بلفظ محتمل، فإن أجابت بلفظ يقتضي الثلاث، فحكمه ما تقدم.

ولو قالت: اخترت نفسي، ثم قالت: أردت به واحدة، لم تصدق في ذلك، ولزمتها الثلاث؛ لأن اللفظ صريح في ذلك.

مسألة: ولو خيرها، فقالت: طلقت نفسي واحدة بائنة، ففي العتبية من رواية يحيى ابن يحيى، عن ابن القاسم: ليس بشيء.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن التخيير إنما يقتضي قطع العصمة، فإذا قالت: طلقت نفسي واحدة، كانت قد ردت التخيير، ولا ينفعها قولها بائنة؛ لأن الواحدة لا تكون بائنة.

وإن صرحت بأنها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين، أو قالت: اخترت واحدة، فقد قال ابن المواز: إن مالكًا وأصحابه، قالوا: ليس ذلك بشيء، إلا عبد الملك، فإنه قال: يكون ثلاثًا، قال ابن المواز: وما أدرى من أين أخذه.

وجه قول مالك أنها قضت بغير ما جعله إليها؛ لأنه جعل إليها قطع العصمة، فلم تقطعها، وإنما طلقت نفسها واحدة، وليس ذلك منها مما جعل إليها، فكان ذلك ردًا لما جعله إليها.

ووجه ما قاله ابن الماجشون أن طلاق التخيير يقتضي قطع العصمة، وهو لا يتبعض، وإذا طلقت نفسها ببعضه، لزم إتمامه كما لو طلقها زوجها نصف طلقة، لكانت كاملة

لما كانت الطلقة لا تتبعض، وعلى هذا يجب أن يكون المخير قبل الدخول يقتضى تخييره الثلاث، وبالله التوفيق.

فرع: فإذا قلنا لا يلزمه شيء، فلا يخلو أن ينكر عليها أو يسكت، فإن أنكر عليها، وقال: لم أخيرك إلا فى قطع العصمة بالثلاث، لم يلزمه ما قضت به من الواحدة، وليس لها أن تستأنف اختيار نفسها بالثلاث.

قال ابن المواز: وذلك قول جماعة أصحابنا إلا أشهب، فإنه قال: ذلك ما لم يفترقا، وإن سكت، ولم ينكر، فقد قال ابن المواز: إن تبين منه الرضى بها، لزمته وله الرجعة، وليست هذه الطلقة من قبل الخيار طلقة لا رجعة فيها.

ومعنى ذلك أن المرأة إذا طلقت نفسها بحضرة الزوج، وأظهر ما يقتضى الرضى بطلاقها، لزمه ذلك، والله أعلم.

وقولها: «قبلت نفسى»، عند ابن القاسم، وجميع أصحابنا بمنزلة قولها: اخترت نفسى، قاله محمد، إلا أشهب قال: بغير حجة هو بمنزلة «قبلت أمرى»، تسأل عما أرادت به.

مسألة: وإن أتت بلفظ، محتمل مثل أن تقول: قبلت، أو قبلت أمرى أو اخترت فقط، ففى كتاب ابن المواز وغيره عن ابن القاسم: ليس هذا الفراق، وتسأل عما أرادت به.

وروى ابن المواز، عن أصبغ فى قولها: اخترت أمرى، هو فراق فى التخيير والتمليك، ولا تسأل عما أرادت، ولا تحل إلا بعد زوج.

وجه قول الجماعة أن قولها: قبلت أمرى، لفظ عام فى الأمر، يحتمل معانى، فلها أن تفسره بما شاءت.

ووجه قول أشهب أن ظاهر قبولها إنما هو لما جعل إليها، ما لم يكن لها من الفرقة، فيحمل عليه.

فرع: فإذا قلنا إن لها التفسير، سئلت عما أرادت، فقد قال ابن القاسم وأشهب: إن قالت: أردت أنى قبلت ما جعل إلىّ من الاختيار أو الملك، وأنا أنظر الآن، فأوقع إن شئت أو أرد: إن ذلك لها.

وفى الموازية عن عبد الملك، إن قالت: لم أرد به الطلاق، لم يقبل منها، ولو علم أنها ممن يعلم الفرق بين ذلك وبين الطلاق، وقصدته لم يقبل منها، ولا يكاد يفرق بين ذلك من الرجال إلا من يفقه، فرأيت مذهبه أنها البتة.

ووجه قول ابن القاسم ما قدمناه من أن لفظ الأمر يحتمل ما قالته، فيقبل منها ذلك، ولا يلزمه أن لا يعلم هذا إلا من يفقه، فقد علمته هى، وأخبرت به عن نفسها، ولا يحمل الناس فى أحكامها إلا على المعرفة.

فرع: ولو قالت: أردت بذلك البقاء مع زوجى، فقد قال أشهب فى الموازية: لا يقبل ذلك منها ويكون طلاقًا، إلا أن تأتى بما يعرف به صدقها، ولو قالت: كنت لاعبة أو مستهزئة، لم يلزمها شىء، ودينت.

وظاهر قول ابن القاسم عندى أن ذلك مقبول منها، وهو الأظهر؛ لأنها إذا قبل منها الاستهزاء أو اللعب، فبأن يقبل منها ما قالته من الرضى بزوجها أولى وأحرى.

مسألة: وهذا فى المدخول بها، وأما غير المدخول بها، فإن زعم أنه قال: اختارى الثلاث، فقضت بثلاث، نفذ ذلك بينهما، وإن قضت بواحدة، فلا شىء لها. قال ابن حبيب، عن أصبغ: وكذلك إن لم تكن له نية.

ووجهه أن إطلاق هذا اللفظ يقتضى الثلاث، فيحمل على ذلك. زاد ابن حبيب: ولذلك لم تنو هى شيئًا.

مسألة: فإن قالت: أردت واحدة، وطلقت هى نفسها واحدة، أو فسرت اللفظ المحتمل بواحدة، ففى كتاب ابن سحنون: هى على ما نوت، وإن طلقت هى نفسها ثلاثًا، فهو على ما تقدم من التمليك.

فصل: وقوله: «**وإن قال زوجها لم أخيرك إلا فى واحدة، فليس ذلك له**»، معناه أنه خيرها بلفظ هو صريح فى الثلاث، فاختارت بلفظ هو صريح فى اختيار الثلاث، فلم يكن له أن يدعى أنه زاد واحدة، ولو قالت هى: أردت واحدة، لم يقبل منها لما قدمناه.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ خَيَّرَهَا فَقَالَتْ: قَدْ قَبِلْتُ وَاحِدَةً، وَقَالَ: لَمْ أُرِدْ هَذَا إِنَّمَا خَيَّرْتُكِ فِى الثَّلاثِ جَمِيعًا، أَنَّهَا إِنْ لَمْ تَقْبَلْ إِلا وَاحِدَةً أَقَامَتْ عِنْدَهُ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِرَاقًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح: قوله: «**أنه خيرها، فقالت: قبلت واحدة**»، على ما قدمناه من أن تخييره يقتضى التخيير بين المقام أو قطع العصمة، فإذا اختارت واحدة، فقد أعرضت عما جعل لها، فاختارت غيره، فلم يلزمه ما اختارته؛ لأنه لم يجعل ذلك إليها.

فصل: وقوله: «أنها إن لم تقبل إلا واحدة، أقامت عنده»، يحتمل وجهين، أحدهما: إن لم يكن فى جوابها له قبلت إلا واحدة، على حسب ما تقدم من الخبر عنها، فقد بطل خيارها، ولزمها المقام عنده، وهو قول أكثر أصحاب مالك.

والثانى: أنها إن لم تستأنف اختيار الثلاث بعد أن ناكرها الزوج، فإنها لا تنتفع بما أوقعته من الطلقة الواحدة، فيقتضى ذلك أن لها أن تستأنف اختيار الثلاث ما لم يفترقا بعد أن أنكر عليها الزوج ما أوقعته من الوجوه، وهو قول أشهب، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى الخلع

١١٧١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ عَنْ حَبِيبَةَ بِنْتِ سَهْلٍ الأَنْصَارِيِّ أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسٍ وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَرَجَ إِلَى الصُّبْحِ، فَوَجَدَ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلٍ عِنْدَ بَابِهِ فِى الْغَلَسِ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ هَذِهِ؟». فَقَالَتْ: أَنَا حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «مَا شَأْنُكِ؟». قَالَتْ: لا أَنَا وَلا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، لِزَوْجِهَا، فَلَمَّا جَاءَ زَوْجُهَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ، قَدْ ذَكَرَتْ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ». فَقَالَتْ حَبِيبَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كُلُّ مَا أَعْطَانِى عِنْدِى، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ: «خُذْ مِنْهَا». فَأَخَذَ مِنْهَا، وَجَلَسَتْ فِى أَهْلِهَا[1].

الشرح: قوله ﷺ: **«من هذه»**، يقتضى المبالغة فى التغليس إلا أن لا يميزها، وإن عرف أنها من النساء إلا أن تكون مستورة الوجه، لكن ذكر الغلس مع قوله: **«من هذه»**، أظهر فيما قلناه.

١١٧١ - أخرجه أبو داود كتاب الطلاق باب ١٨، ٢/٢٧٦، عن حبيبة بنت سهل الأنصارية. النسائى ٦/١٦٩، كتاب الطلاق باب الخلع، عن عمرة، عن حبيبة بنت سهل. أحمد ٦/٤٣٤، عن حبيبة بنت سهل. البيهقى ٧/٣١٣، عن حبيبة بنت سهل. ذكره فى الكنز برقم ١٥٢٧٧ وعزاه لعبد الرزاق، عن حبيبة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/٢٨١ - ٢٨٢: لم يختلف على مالك فى هذا الحديث، وهو حديث صحيح ثابت مسند متصل، وهو الأصل فى الخلع؛ وفيه إباحة اختلاع المرأة من زوجها بجميع صداقها، وفى معنى ذلك جائز أن تختلع منه بأكثر من ذلك وأقل؛ لأنه مالها، كما أن الصداق مالها، فجائز الخلع بالقليل والكثير، إذا لم يكن الزوج مضرًا بها، فتفتدى من أجل ضرره.

وقوله ﷺ لما قالت: أنا حبيبة بنت سهل: «**ما شأنك؟**»، إنكار لمجيئها في ذلك الوقت، إذا لم يكن وقت زيارة لأمهات المؤمنين، ولا وقت طلب حاجة، وإنما تبكر في هذا الوقت لمعنى مهم، فأخبرته بشأنها، فقالت: «**لا أنا ولا ثابت بن قيس، لزوجها**»، إما لتعلمه أن ثابت بن قيس الذى تشكو هو زوجها.

ويكون ذلك من قول الراوى؛ ليعلم من نقل إليه الحديث أن ثابت بن قيس الذى أرادت مباينته، وقطع ما بينها وبينه، هو زوجها، وأن ما نزعت من فراقه، هو معنى قولها: «**لا أنا ولا ثابت بن قيس**».

فصل: وقولها: «**لا أنا ولا ثابت بن قيس**»، ظاهره الامتناع منه، وحكمه حكم النشوز، ويجبر على الرجوع إليه، إن لم يرد فراقها بخلع أو غيره.

فصل: وقول النبى ﷺ لزوجها لما جاء: «**هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكره**»، إعلامًا له بما أتت له، وظاهر اللفظ يقتضى أنه قصد ﷺ الإخبار عن معنى ما أتت له، ولم يفسر تفاصيل قولها.

ويحتمل أن تكون هى قد تشكت إليه ضررًا، فلم يحتج فى أول الأمر إلى أن يفسر له ذلك الضرر، حتى يسئل عنه الزوج، ويكفى من الإعلام للزوج أن يقال له: اشتكت ضررًا، فإن أنكره سئلت البينة عما تشكت منه.

وإن سأل التفسير لينكر منه أكثر مما فعله، أو ليبدى عذره فيما أتى به منه، ويحتمل أن تكون حبيبة لم تشتك من ثابت بن قيس ضررًا، ولكنها كرهت مصاحبته خاصة، فلذلك لم يحتج أن يذكر له ما تشكت منه.

وقد روى البخارى من حديث أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس: أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبى ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين، ولكن لا أطيقه، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟»، قالت: نعم.

والذى عليه جمهور الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر خلافًا لمن منع ذلك[٢].

---

(٢) أجمع العلماء على إجازة الخلع بالصداق الذى أصدقها إذا لم يكن مضرًا بها، وخافا ألا يقيما حدود الله؛ واختلفوا فى الخلع على أكثر مما أعطاها: فذهب مالك والشافعى إلى جواز الخلع بقليل المال وكثيره، وبأكثر من الصداق، وبمالها كله إذا كان ذلك من قبلها؛ قال مالك: لم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر من الصداق؛ لقول الله عز وجل: ﴿فلا جناح عليهما فيما =

=افتدت به﴾، ولحديث حبيبة بنت سهل مع ثابت بن قيس، قال: فإذا كان النشوز من قبلها، جاز للزوج ما أخذ منها بالخلع - وإن كان أكثر من الصداق إذا رضيت بذلك - وكان لم يضر بها؛ فإن كان لخوف ضرره، أو لظلم ظلمها أو أضر بها، لم يجز له أخذه؛ وإن أخذ شيئًا منها على هذا الوجه، رده ومضى الخلع عليه.

وقال الشافعي: الوجه الذى تحل به الفدية والخلع: أن تكون المرأة مانعة لما يجب عليها غير مؤدية حقه كارهة له، فتحل الفدية حينئذٍ للزوج. قال الشافعي: وإذا حل أن يأكل ما طابت به نفسًا له على غير فراق، جاز له أن يأكل ما طابت له به نفسًا، وتأخذه بالفراق إذا كان ذلك برضاها ولم يضرها. قال الشافعي: والمختلعة لا يلحقها طلاق - وإن كانت في العدة، وهو قول ابن عباس وابن الزبير.

قال أبو عمر: وبه قال مالك - وهو القياس والنظر؛ لأنها ليست زوجة.

وقال إسماعيل القاضي: اختلف الناس فيما يأخذ منها على الخلع، فاحتج الذين قالوا: يأخذ منها أكثر مما أعطاها بقول الله عز وجل: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ قال إسماعيل: فإن قال قائل: إنما هو معطوف على ما أعطاها من صداق أو بعضه، قيل له: لو كان كذلك لكان: فلا جناح عليهما فيما افتدت به منه أو من ذلك. قال: وهو بمنزلة من قال: لا تضربن فلانا إلا أن تخاف منه، فإن خفته فلا جناح عليك فيما صنعت به فهذا إن خافه كان الأمر إليه فيما يفعل به لأنه لو أراد الضرب خاصة، لقال: من الضرب أو فيما صنعت به منه.

واحتج الذين قالوا: لا يحل له من ذلك شيء حتى يراها على فاحشة بقوله: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾.

واحتج الذين قالوا إنه لا يجوز له الأخذ إذا كانت الإساءة من قبله، بقوله: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارًا فلا تأخذوا منه شيئًا﴾ الآية، هكذا قال إسماعيل، قال: ومن قال بأن قوله: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله﴾ منسوخ بالآيتين، فإن قوله مدفوع بأنه إنما يكون النسخ بالخلاف، ولا خلاف في الآيتين للآية الأخرى؛ لأنهما إذا خافا ألا يقيما حدود الله فقد صار الأمر منهما جميعًا، والعمل في الآية الأخرى منسوب إلى الزوج خاصة؛ وذلك إرادته لاستبدال زوج مكان زوج، ولأن الزوجة إذا خافت ألا تقيم حدود الله فاختلعت منه، فقد طابت نفسها بما أعطت، وهو قول عامة أهل العلم؛ وذكر حديث حبيبة بنت سهل، عن أبي مصعب، عن مالك؛ ثم قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد ابن سلمة، عن حميد، عن رجاء بن حيوة، عن قبيصة بن ذؤيب - أنه تلا: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾. قال: هو أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها.

قال: وحدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، قال: كان أبي يقول إذا جاء الفساد من قبل المرأة حل له الخلع؛ وإن جاء من قبل الرجل، فلا ولا نعمة.

قال أبو عمر: ذكر عبدالرزاق، عن معمر، عن الزهري، قال: لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته=

.. ..

=شيئًا من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها، قيل له: وكيف يكون النشوز؟ قال: أن تظهر له البغضاء، وتسيء عشرته، وتظهر له الكراهية، وتعصى أمره، فإذا فعلت ذلك، فقد حل له أن يقبل منها ما أعطاها، لا يحل له أكثر مما أعطاها - وهو قول أبى حنيفة.

قال أبو عمر: روى عن على بن أبى طالب بإسناد منقطع: لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها، وهو قول الحسن، وعطاء وطاوس، وعن ابن المسيب، والشعبى كرها أن يأخذ منها كل ما أعطاها.

وروى، عن ابن عمر، وابن عباس - أنه لا بأس أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها -.وهو قول عكرمة، وإبراهيم، ومجاهد، وجماعة.

ذكر عبدالرزاق، عن ابن جريج، عن موسى بن عقبة، عن نافع - أن ابن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها بكل شيء لها، وبكل ثوب عليها، فلم ينكر ذلك عبدالله.

وقال عكرمة: يأخذ منها حتى قرطها. وقال مجاهد، وإبراهيم: يأخذ منها حتى عقاص رأسها.

واختلفوا فى فرقة الخلع: فذهب مالك والثورى وأبو حنيفة وأصحابهم إلى أن الخلع تطليقة بائنة، وهو أحد قولى الشافعى وأحب إلى المزنى.

وقال أحمد، وإسحاق: الخلع فرقة وليس بطلاق، وهو قول داود.

وقال الشافعى فى أحد قوليه: إن الرجل إذا خلع امرأته، فإن نوى بالخلع طلاقًا أو سماه فهو طلاق، فإن كان سمى واحدة، فهى تطليقة بائنة، وإن لم ينو طلاقًا ولا شيئًا لم تقع فرقة.

وقال أبو ثور: إذا لم يسم الطلاق، فالخلع فرقة - وليس بطلاق، وإن سمى تطليقة، فهى تطليقة، والزوج أملك برجعتها مادامت فى العدة.

قال أبو عمر: احتج من لم ير الخلع طلاقًا بحديث ابن عيينة، عن عمرو، عن طاوس، عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبى وقاص سأله فقال: رجل طلق امرأته تطليقتين، ثم اختلعت منه، أيتزوجها؟ قال: نعم، لينكحها ليس الخلع بطلاق، ذكر الله - عز وجل - الطلاق فى أول الآية وآخرها والخلع فيما بين ذلك، فليس الخلع بشيء، ثم قال: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾. وقرأ: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾.

واحتج من جعل الخلع طلاقًا بحديث شعبة، عن الحكم، عن خيثمة، عن عبدالله بن شهاب، قال: شهدت عمر بن الخطاب أتته المرأة ورجل فى خلع.فأجازه، وقال: إنما طلقك بمالك، وبحديث مالك، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن جمهان مولى الأسلميين، عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها عبدالله بن أسيد، ثم أتيا عثمان بن عفان فى ذلك فقال: هى تطليقة إلا أن تكون سميت، فهو كما سميت.

قال إسماعيل: وكيف يجوز القول فى رجل قالت له امرأته طلقنى على ماله فطلقها: أنه لا يكون طلاقًا وهو لو جعل أمرها بيدها من غير شيء فطلقت نفسها كان طلاقًا.

قال: فأما قوله: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ - فهو معطوف على ﴿الطلاق مرتان﴾؛ لأن قوله: ﴿أو تسريح﴾ إنما يعنى به: أو تطليق - والله أعلم -؛ فلو كان المختلع معطوفًا على=

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**فإن طبن لكم عن شيء منه نفسًا فكلوه هنيئًا مريئًا**﴾ [النساء: ٤].

مسألة: وإذا كان الضرر من قبل الزوجة والكراهية للزوج، فلا خلاف فى جواز الخلع، وإن كان الضرر منهما معًا، فقد قال بعض القرويين: لا يجوز أن يخالعها على ذلك بأن يأخذ منها شيئًا.

قال: وهو منصوص لمن تقدم من علمائنا، قال: وليست كمسألة الحكمين، إذا كان الضرر منها، جاز ذلك؛ لأن النظر فى مسألة الحكمين للحكمين، فينفذ حكمها فى ذلك.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إذا جاز ذلك فى مسألة الحكمين، فبأن يجوز منهما إذا اتفقا على ذلك أولى.

فصل: وقول حبيبة بنت سهل لرسول الله ﷺ: «**كل ما أعطانى عندى**»، إشارة إلى أنها بذلته لزوجها على أن يفارقها، وقد صرح فى ذلك حديث عكرمة، عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال لها: «أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم»، وقد قال تعالى: ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فصل: وقوله ﷺ: «**خذ منها**»، إباحة منه ﷺ أخذ الفداء منها، وقد يصح أن يكون ندبًا إلى ذلك لما رأى من إشفاقها واستضرارها بالمقام معه، وقد بلغ ذلك منها إلى أن خافت أن تأتى ما تأثم به.

فصل: وقوله: «**فأخذ منها، فجلست فى أهلها**»، إتمامًا منه لما قرره النبى ﷺ بينهما من الخلع، وليس فيه أنه تكلم بطلاق ولا خلع.

وفى المبسوط من رواية ابن وهب، عن مالك فى رجل نكح امرأة، فندم، فقال له أهلها: نؤدى إليك ما أخذنا منك، وتؤدى إلينا أختنا، ولم يكن بينهم طلاق، ولا كلمة، فقيل إنه إن تزوجها بعد ذلك كان ما تقدم من ذلك تطليقة، وتكون عنده على تطليقتين.

=التطليقتين، لكان لا يجوز الخلع أصلاً إلا بعد تطليقتين، وهذا لا يقوله أحد؛ قال: ومثل هذا فى القرآن كثير مثل: ﴿فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله﴾، وهى على كل حال من حلق محصر أو غير محصر، لأنه لم يخص المحصر كما لم يخص بالفدية من قد طلق تطليقتين، بل هى للأزواج كلهم. انظر: التمهيد ٢٨٢/٧، وما بعدها.

وفى العتبية من رواية ابن القاسم: إذا قصد إلى الصلح على أن أخذ متاعه، وسلم إليها متاعها، فهو خلع لازم، قال لها: أنت طالق أو لم يقل.

ووجه ذلك أن المفهوم مما أتوه إنفاذ الطلاق وإيقاعه، والفرقة الموجودة بينهما والانفصال إنما كان على وجه الطلاق، فوجب أن يكون طلاقًا كالإشارة به أو الكتابة له.

فصل: وقوله: «**وجلست فى أهلها**»، يحتمل أن يريد به إن كانت الدار لها أنها جلست فيها دونه مدة العدة مع خدم إن كان لها أو حاشية ممن كان معها قبل الخلع، ووصفت بذلك أنها جلست فى أهلها لما كان هذا الجلوس لها ومختصًا بها، وقبل ذلك، فإنما كان الجلوس له.

ويحتمل إن كانت الدار لها، أنها بقيت فيها لم ينقلها عنها لاستحقاقها لها، ولعله كان ساكنًا معها فى محلها عند أقاربها، فانتقل هو عن ذلك المكان إلى أهله وأقاربه، والله أعلم.

١١٧٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ مَوْلاةٍ لِصَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِى عُبَيْدٍ أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِكُلِّ شَىْءٍ لَهَا، فَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ.

الشرح: قوله: «**أنها اختلعت من زوجها بكل شىء لها**»، يحتمل أن يكون ذلك قدر ما أصدقها، وأن يكون أكثر أو أقل، فأما الخلع بكل ما أصدقها أو أقل، فجائز عند جميع الفقهاء، وأما الخلع بأكثر من ذلك، فسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقولها: «**بكل شىء**»، يحتمل أن يكون سمته ووصفته وأحضرته حتى كان معروفًا، غير مجهول، ويحتمل أن يكون الخلع وقع لها بهذا اللفظ على أن تنخلع له من كل شىء لها، فيكون ذلك مجهولاً.

ولا يخلو ذلك من أن يوجد لها شىء، أو لا يوجد لها شىء، فإن وجد لها شىء له مقدار، فإن الخلع نافذ، وذلك أن الخلع على العبد الآبق جائز عند مالك، ويجوز ذلك على الجنين فى بطن أمه، أو الجمل الشارد، والثمرة التى لم يبد صلاحها.

١١٧٢ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٥٠٥/٦. الجامع لأحكام القرآن ١٤١/٣. ابن حزم فى المحلى ٢٤١/١٠. أحكام القرآن للجصاص ٣٩٣/١. المغنى ٥٢/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٥٣.

وفى المدونة والمبسوط: يجوز بما يثمر نخله العام وبما تلد غنمه العام، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾**، وهذا عام. ومن جهة القياس أنه مما يملك بالهبة والوصية، فجاز أن يكون عوضًا فى الخلع كالمعلوم.

فرع: إذا ثبت أنه يصح الخلع بالغرر، فإنه إن سلم وقبضه، فهو له على ما هو عليه، وإن تلف، فلا شىء له غيره، والطلاق نافذ على حكمه، قاله القاضى أبو محمد.

والدليل على ذلك أنه عقد يجوز فى معين من الغرر، فإذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة والوصية.

مسألة: ولو خالعها على نفقة، ولها مدة الحولين، ورضاعه فيهما، جاز ذلك، فإن شرط، عليها نفقة الابن بعد الحولين أربع سنين أو ثلاثًا، فقد روى ابن القاسم، عن مالك: أن ما زاد على نفقة الابن وإرضاعه فى الحولين، فهو باطل موضوع عن الزوجة، وإن شرط الزوج.

ولم يجعل له مالك بما بطل من شرطه شيئًا، وأجاز ذلك فيما زاد على الحولين من مدة أربعة أعوام أو إلى انقضاء أمد الحضانة، المخزومى، واختاره سحنون.

ووجه بعض القرويين مذهب ابن القاسم بأن المتخالعين أدخلا الغرر فيما أوقعا به الخلع من النفقة، وما عدا ذلك من الغرر كالعبد الآبق والجمل الشارد، فالغرر دخل فيه بغير فعلها.

وقال غيره من القرويين: لم يمنع مالك الخلع بنفقة ما زاد على الحولين لأجل الغرر، وإنما منعه؛ لأنه حق مختص بالأب على كل حال، فليس له أن ينقله إلى غيره.

والفرق بين هذا وبين نفقة الحولين، أن تلك النفقة وهى الرضاع قد تجب على الأم حال الزوجية، وبعد الطلاق إذا أعسر الأب، فجاز أن تنقل هذه النفقة إلى الأم؛ لأنها محل لها.

وفى المبسوط أن مالكًا احتج على ذلك بقوله تعالى: **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾** [البقرة: ٢٣٣]، وهذه إشارة إلى ما قدمناه.

ووجه رواية المخزومى أنه إزالة ملك تجوز إزالته بالغرر، فجاز إزالته بنفقة أربعة أعوام. أصل ذلك العتق.

فرع: فإن وقع الخلع على الوجه المباح بنفقة الابن، فمات الصبى قبل انقضاء المدة، فهل للزوج الرجوع عليها ببقية النفقة، روى ابن المواز، عن مالك: لا يتبعها بشىء. وروى عنه أبو الفرج: يتبعها.

وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون فى المبسوط أنه لم يشترط لنفسه مالاً يتموله، وإنما شرط أن تكفيه مؤنة الولد، فإذا مات الولد، لم يكن له الرجوع عليها بشىء كما لو تطوع رجل بالإنفاق على الصبى ببينة، فمات، لم يرجع عليه بشىء؛ لأنه إنما قصد بتطوعه تحمل مؤنته، والله أعلم.

واتفقوا على أنها إن ماتت، فنفقة الولد فى مالها؛ لأنها حق ثبت فيه قبل موتها، فلا يسقط بموتها.

ووجه رواية أبى الفرج أنه حق يثبت له فى ذمة الزوج بالخلع، فلا يسقط بموت الصبى كما لو خالعها بمال متعلق بذمتها.

فصل: وإن أعسرت بالنفقة أنفق الأب، وهل يتبعها بمثل النفقة، روى ابن الماجشون وابن عبد الحكم: لا يتبعها به.

وروى أصبغ، عن ابن القاسم: يتبعها، وقال أيضًا: لا يتبعها.

وجه القول الأول أنه حق ثبت للابن على أبيه، ثم عاوض به الأب والأم، فأثبته فى ذمتها عوضًا من طلاقها، فإذا أعسرت به كان للابن أن يتبع به الأب؛ لأنه ليس له أن يسقط حقًا عليه، وينقله إلى عديم، فيرجع الابن به على الأب، ثم يرجع به الأب على الأم دينًا يتبعها به؛ لأنه عوض طلاقها.

ووجه القول الثانى أنه أمر غير ثابت على الأب ولا على الأم، وإنما يتعلق ذلك بيسر من يجب عليه حين الوجوب كنفقة الزوجة على الزوج.

مسألة: ومن خالع امرأته على أنها إن ولدت منه، فعليها نفقته فى الحولين، فإن أرادت أن تطلبه بنفقة الحمل، وبصداقها عليه، ففى المبسوط عن مالك: ليس لها صداق، ولا نفقة حمل. وقال المغيرة: لها نفقة الحمل، ولا شىء لها من الصداق.

ووجه قولها: أنه لا شىء لها من الصداق، أنها لم تشترط بقاء، فكان الظاهر إسقاطه؛ لأنه لم يرض منها بترك ما كان فى ذمته حتى زادت نفقة الحمل، ولم تكن فى ذمته.

ووجه قول مالك: أنه لا نفقة لها، أنها قد أسقطت نفقة الولد بعد الولادة، فبأن تسقط ما وجب لها قبل ذلك أولى كما قلنا فى الصداق إنها إذا أسقطت نفقة الحولين، اقتضى ذلك إسقاط الصداق.

ووجه قول المغيرة أنها أسقطت عنه نفقة مقدرة، فلا يتعدى الإسقاط إلى غيرها، وإلى ما ليس من جنسها، ولا وجب بسببها؛ لأن نفقة الحمل فى غير مدة الحولين، ومن غير جنس الحولين واجبة بغير سببها، ولا يشبه هذا ما أسقط من الصداق؛ لأنه أمر قد تقرر ووجب ونفقة الحمل لم تجب بعد، فلا تسقط إلا بالنص عليها.

فصل: وأما إن خالعها على جميع ما تملك، ولم يوجد لها شىء، ففى كتاب ابن المواز: إذا خالعها على ما فى يدها، فلم يوجد فى يدها شىء، أو وجد فيه ما لا ينتفع به كالحجر.

قال أشهب: لا يلزمه طلاق، وإن وجد فيه ما ينتفع به كالدرهم ونحوه، لزمه الخلع. قال عبد الملك: يلزمه الخلع؛ لأنه رضى بما غرته به، واختاره ابن المواز وسحنون.

وجه القول الأول أنها غرته، فلم يلزمه الخلع كما لو قالت له: أخالعك بعبدى هذا، وهو حر، فإنه يلزمه خلع، أو أخالعك بهذه الدار، ولم تكن لها.

فقد قال عبد الملك فى المبسوط: إنها تبقى على الزوجية، ولو كانت الدار لها، فأسلمتها إليه، فاستحقت من يده بعد الخلع، ورجع عليها بقيمة ما استحق من يده. قال عبد الملك: لأن هذا قد قبضه، والأول لم يقبضه، وإنما خالعها به على أن تسلمه إليه.

وقال أحمد بن المعذل: إذا خالعها على عطائها أو وصية، ولم يكن لها شىء من ذلك، فهى زوجة، وكذلك إن لم يكن فى يدها شىء، وهو بمنزلة أن يخالعها على حر غرته به.

وأما إن كان لها عطاء، فسقط اسمها أو لم يحمل الثلث وصيتها، فإنه يمضى الخلع عليه، ولا شىء له، وبالله تعالى التوفيق.

فرع: فإذا قلنا لا يلزمه الخلع، فقد قال أشهب: لا يكون طلاقًا. وقال مطرف: لو أخذت لوزة أو حصاة وخالعته بها، فإن كان شىء مما ينتفع به، وإن قل، فرضى به، وعرف ما هو، فهو خلع، وأما الحصاة، وما لا ينتفع به، فليس بخلع، وهو طلاق رجعى.

وجه قول أشهب أنه إنما أوقع الطلاق بشرط أن يحصل له شيء ينتفع به، فلما وجده على غير ذلك، بطل الطلاق جملة كما لو غرته من حر، فخالعته به على أنه عبد.

ووجه قول مطرف أن الطلاق قد وقع، فلما لم يكن له عوض، لم يكن بائنًا، وكان رجعيًا.

مسألة: ولو خالعها على خمر أو خنزير، أو ما لا يحل من تعجيل دين مؤجل، نفذ الخلع وبطل العوض، وبقي الدين المؤجل إلى أجله، ويكون الطلاق بائنًا خلافًا لأبي حنيفة في قوله: هو رجعي، ولا يكون للزوج عليها شيء.

ويحتمل أن يكون قول مطرف على هذا خلافًا للشافعي في قوله: عليها مهر المثل؛ لأنه طلاق وقع على وجه المعاوضة، فكان بائنًا، ولأن الزوج لما رضي ما لا يحل من العوض لم يكن له غيره، كما لو أعتق عبده أو أمته على خمر أو خنزير، فإنه لا يرجع عليها بشيء.

مسألة: وإن قصد إلى إيقاع الخلع دون عوض، قال القاضي أبو محمد: هو خلع عند مالك. وقال أشهب: يكون طلاقًا رجعيًا.

والدليل على قول مالك أن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرجه عن مقتضاه. أصل ذلك إذا خالع بخمر أو خنزير.

ووجه قول أشهب أنه طلاق عرا عن عوض واستيفاء عدد، فكان رجعيًا كما لو كان بلفظ الطلاق.

وفي كتاب ابن المواز: أنهما إذا تداعيا إلى الصلح، وافترقا عليه، وإن لم يأخذ منها شيئًا، فهو فراق كما لو أخذ منها.

وفي العتبية من رواية ابن القاسم: أنهما لو قصدا إلى الصلح على أن أخذ متاعه وسلم إليها متاعها، أنه خلع لازم، قال: أنت طالق، أو لم يقل، قال في كتاب محمد: وإن لم يقصد إلى الصلح، وقال: لي متاعي ولك متاعك، أو لك زيادة كذا، فله الرجعة.

ووجه ذلك أنهما إذا قضيا الصلح، فقد أحرز ما صار إليه بالطلاق الذي طلقها الآن؛ لأن معنى الصلح الذي ذكر أن يطلقها من أجل ذلك.

وأما إذا قصد طلاقها دون شيء من ذلك، وأباح لها أن تأخذ ما لها، ويأخذ ما له،

فهذا ليس بخلع، ولهذا قال ابن القاسم فى باريتك: أنها طلقة واحدة بائنة؛ لأن معنى ذلك أنه طلقها لتبرئه مما كانت تطلبه به محقة أو مبطلة ويبرئها هو أيضًا، وذلك من باب الخلع، والله أعلم.

ولذلك قال مالك فى العتبية والموازية فيمن قال لامرأته: ألك عندى شيء؟ قالت: لا، ولا لك عندى شيء، قال: لا، قال: فاشهدوا أنى برئت منها، وبرئت منى، فافترقا على ذلك، ثم قامت بما كان لها قبله، وقالت: لم أرد المبارأة، وقال هو: أردت المبارأة.

فإن قالت البينة، كنا نرى أنهما أرادا المبارأة، فذلك نافذ، ولا شيء لها عليه، وكذلك إن شهدوا بما ذكرنا أول السؤال فقط، فلا شيء لها.

مسألة: وإن صالحها على أن أعطاها شيئًا من ماله، وفارقها، ولم يأخذ منها شيئًا، وظن أنه وجه الصلح، ففى المبسوط من رواية ابن وهب، عن مالك قولان، أحدهما: أنها طلقة رجعية، ثم رجع، فقال: هو خلع، وهو قول ابن القاسم فى المدونة.

وجه القول الأول أنه طلاق لم يأخذ به عوضًا، فلم يمنع ذلك كونه رجعيًا كما لو لم يعطها شيئًا.

ووجه القول الثانى أنه عطاء فى خلع، فاقتضى البينونة، وقطع الرجعة كما لو أعطته الزوجة.

ووجه آخر، وهو أنه قطع بما أعطاها مطالبتها قبله، وذلك سبب حكم الخلع.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُفْتَدِيَةِ الَّتِي تَفْتَدِي مِنْ زَوْجِهَا أَنَّهُ إِذَا عُلِمَ أَنَّ زَوْجَهَا أَضَرَّ بِهَا وَضَيَّقَ عَلَيْهَا، وَعُلِمَ أَنَّهُ ظَالِمٌ لَهَا مَضَى الطَّلاقُ، وَرَدَّ عَلَيْهَا مَا لَهَا، قَالَ: فَهَذَا الَّذِي كُنْتُ أَسْمَعُ، وَالَّذِي عَلَيْهِ أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن المفتدية إذا كان افتداؤها لإضرار زوجها، وظلمه لها، لم يلزمها ما افتدت به، وذلك أن إضرار زوجها بها لا يجوز له، بل هو ممنوع منه.

وفى العتبية من رواية ابن القاسم، عن مالك فيمن علم من امرأته بالزنى، لم يكن له أن يضارها حتى تفتدى، ومن الإضرار بها الموجب لرد ما أخذ منها، أن يؤثر عليها ضرتها، ولا يفى بحقها فى نفسه وماله.

وذلك أنه لا يجوز له أن يحبسها إذا لم ترض بالأثرة عليها، وإنما له أن يمسكها من

غير إضرار بها بأثرة ولا غيرها، أو يفارقها لقوله تعالى: ﴿**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ [البقرة: ٢٢٩].

مسألة: وليس من الإضرار بها البغض لها، قاله ابن القاسم فى الموازية، وإنما الإضرار عندى الأذى بضرب أو اتصال شتم فى غير حق، أو أخذ مال أو إيثار.

وفى المبسوط عن مالك: وليس عندنا فى قلة الضرر وكثرته شىء معروف، ولا موقوت. ومعنى ذلك أنه لا يتقدر بحد لا يكون ضررًا حتى ينتهى إليه، وإنما ذلك بقدر ما يعلم أنه مضر بها من تكراره أذاه لها.

فصل: وقوله: «**إذا علم أنه أضر بها أو ضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق، ورد عليها ما لها**»، يريد أن ما التزمه من طلاق الخلع يلزمه؛ لأنه أوقعه باختياره، ويرد ما أخذ منها من العوض، ولا يأخذ منها ما كانت التزمته له من نفقة ورضاع.

رواه عيسى، عن ابن القاسم؛ لأنها دفعته إليه غير محتاجة لرفعه، وإنما دفعته إليه لتتخلص بذلك من ضرره وظلمه، ولا يحل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدى عوضًا، فعلى هذا يرد ما أخذ منها، ويسقط عنها ما التزمته من نفقة وأجرة رضاع، قاله مالك.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾ [النساء: ١٩]، والفاحشة يصح أن يراد بها الأذى والبذاء، ولذلك يقال: أفحش الرجل فى قوله، إذا بالغ فى السب.

قال ابن بكير، من أصحابنا، وقال ابن عباس: الفاحشة، النشوز. وقال ابن بكير: إذا نعتت الفاحشة بمبينة، فهى من باب البذاء باللسان، وإذا لم تنعت وأطلقت، فهى الزنى، وقيل: إذا كانت الفاحشة بالألف واللام، فهى الزنى واللواط.

قال الحسن: معنى ذلك سمح للأزواج فى المضارة بهن، إذا أتين بفاحشة مبينة حتى يفتدين ببعض ما أعطوهن، ومثله روى عن ابن عباس فى النشوز، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**وعلم أنه ظالم لها**»، يقتضى أن ذلك لا يكون بمجرد دعواها أنه أضر بها، وإنما يكون ذلك بإقراره إن أقر بذلك أو ببينة تشهد له.

وفى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: إذا قامت بعد الخلع بينة يشهدون على السماع أنه كان يضر بذلك، قال: وهل يشهد هؤلاء على السماع، يسمع الرجل من أهله أو من الجيران ويكون فاشيًا.

والشهادة فى ذلك عندى تكون على وجهين، أحدهما: أن يكون الخبر عن الإضرار بها متواترًا حتى يقع العلم بذلك للشهود، يشهدون فى ذلك على علمهم كما يشهد فى الموت على علمه من لم يعاين الميت على الخبر المتواتر بذلك، وكما يشهد فى النسب وعدة الولد والوراثة على علمه.

ويدل على صحة هذا الوجه ما قاله أصبغ: أنه إن شهد شاهد واحد على البتات، صحت شهادته، ويحلف إن لم يكن غيره، ويرد إليها ما أخذت منها، ويمضى الفراق. وقال ابن القاسم: لأن يمينها على مال.

والوجه الثانى على السماع الفاشى من أهل العدل وغيرهم، ولا يقبل فى مثل هذا أقل من شاهدين؛ لأن الشهادة على السماع، لا يقبل فيها شاهد مع يمين المدعى، ولا يقبل فيها أقل من شاهدين.

ولذلك قال ابن القاسم فى هذا الوجه لما سأله أصبغ، يجوز فى ذلك شاهد واحد على البت: كيف يعرف ذلك، قيل له: يقول: سمعت واستبان لى، قال عيسى به، فانظر فيه، فتوقف لدينه وفضله فيما لم يتحققه، وأنفذه أصبغ من رأيه لما تحققه، ثم استصوبه ابن القاسم، واحتج على صحة الحكم به مع يمين الزوجة بأن قال: إن يمينها على مال.

فهذا وجه هذه المسألة، لكن الموثقين خلطوا الوجهين فى عقودهم، فغيروا معناهما، والله أعلم.

مسألة: وإن خالع امرأته على مال، وأخذ منها حميلاً بما لحقه من درك، فقد حكى أبو عبد الله بن العطار: أنها إن أثبتت الضرر، لم تسقط التبعة عن الحميل، فيما ضمنه؛ لأنه لم يكره بضرب ولا غيره، ولا يرجع الحميل على المرأة بشىء، وقد ذهب بعض فقهاء الصقليين إلى هذا.

مسألة: ولو ثبت إضرار الزوج بها، والتزم هو تصديقها فى ذلك، ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب فيمن تشكت امرأة ضرره، فأشهد لها، إن عاد، فهى مصدقة فى ذلك، وأمرها بيدها، تطلق نفسها البتة.

فأشهدت بعد أيام، وزوجها غائب، أن زوجها عاد إلى أذاها، وأنها طلقت نفسها، وأنكر الزوج أن يكون أذاها، ثم قدمت المرأة، وزعمت أنها كذبت فيما شكت من الأذى، ولا يعرف ذلك إلا بقولها، قال: قد بانت منه، ولزمه ما قضت؛ لأنه جعلها مصدقة، وقال مثله أشهب.

قَالَ مَالِك: لا بَأْسَ بِأَنْ تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه يجوز للرجل أن يطلق المرأة على أن يأخذ منها أكثر مما أصدقها وأقل، ومثل ذلك.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾، وهذا عام فى الجنس والقدر، إلا ما خصه الدليل.

ومن جهة المعنى أن هذه معاوضة فى إرسال ما يملكه الزوج، فلم يكن عوضها مقدرًا كالكتابة.

مسألة: ولو خالعها قبل البناء على دار أو ثوب أو عبد، وكان قد أصدقها مائة دينار قبضتها أو لم تقبضها، فإنها ترد المائة، قاله ابن القاسم، واحتج بما قدمناه من أنه إن لم يرض منها إلا بما كان فى يدها مما لم يجر له ذكر فى النكاح، فبأن ترد ما يدفع إليها أولى وأحرى.

وقال أصبغ: إن قبضته، فلا ترد منه شيئًا، وإن كان ما أعطت الزوج أقل من النصف أو أكثر أو النصف سواء؛ لأنه بمعنى الصلح، إلا أن تشترط الزوجة رد شيء منه.

مسألة: ولو خالعها على عشرة من صداقها، قال مالك: لها نصف ما بقى؛ لأن اشتراطها عشرة من صداقها، يقتضى بقاء الباقى على حكمه، ولو أعطته عشرة على أن يطلقها تطليقة، اتبعته بنصف هذا المهر؛ لأنها اشترت بها هذه الطلقة.

وأما فى الخلع المبهم، فلا تتبعه بشيء، خلعته بعطية أو بغير عطية، وأما بعد البناء، فلا ترد هى ما قبضت من الصداق، إن كانت قبضته وتتبعه بما عليها من مهرها، إن كانت لم تقبضه.

مسألة: وهذا إذا كانت مالكة أمر نفسها، فإن كانت محجورًا عليها بأب أو وصى أو سيد يحجر على أمته، فإنه لا يصح خلعها، فإن وقع الطلاق نفذ الخلع، وارتجع الولى ما أعطته من المال، وطالب بما وهبته من صداق أو غيره؛ لأنها لا تصرف لها فى مالها، فكان للولى استرجاع ما أمضت منه، وهذا المشهور من قول أصحابنا.

وفى العتبية من رواية يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم فى التى لم تبلغ المحيض، وقد بنى بها الزوج، فصالحته على ما أعطته: إن ذلك نافذ، وله ما أخذ إن كان مما يصالح به مثلها.

ووجه ذلك أنها مالكة أمرها فى الاستمتاع، ولها أن تسقط حقها إذا شاءت، فكان لها المعاوضة عنه باستخلاصه على عوض تدفعه، إذا لم يكن فى ذلك غبن عليها.

كما يجوز لها أن تشترى خبزًا لقوتها لما كانت تملك أكله أو تركه، ولم يكن للولى نظر فى ذلك. وقال أبو بكر بن اللباد: إن المعروف من قول أصحابنا أن المال مردود، والخلع ماض.

مسألة: وهذا إذا لم تكن بلغت، فإن كانت بالغًا، فقد قال سحنون: يجوز أن تفتدى من زوجها قبل البناء، وله ما أخذ، ولا رجوع لها فيه. وقال أصبغ: لا يجوز ما بادلت به الصغيرة ولا السفيهة البالغ، وكذلك بعد موت الأب، ويرد الزوج ما أخذ ويمضى الفراق.

وقول سحنون مبنى على أن اليتيمة البالغ المالكة أمر نفسها، وهو قوله. وقول أصبغ مبنى على أنها محجور عليها، وهو المشهور فى المذهب، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما الصغير، فيجوز أن يخالع عنه الأب والوصى، ولا يطلق عليه إلا على وجه المباراة، وأما البالغ السفيه، فقال ابن الماجشون: لا يجوز أن يخالع عنه أب ولا وصى؛ لأنه يملك الطلاق.

وروى عيسى، عن ابن القاسم فى العتبية: يبارى عن السفيه، ويزوجه بغير أمره، وهذا الخلاف مبنى على اختلاف أصحابنا فى إجباره على النكاح، والله أعلم.

مسألة: فإن كان الولى أبًا، فلا خلاف فى المذهب أنه يجوز له أن يخالع عنها، وإن كان وصيًا، فهل له ذلك أم لا؟ المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، أنه ليس ذلك لأحد إلا للأب. وروى ابن نافع، عن مالك: أن الوصى يخالع عن اليتيمة يزوجها أبوها، ويلزمه ذلك.

وجه القول الأول أن من لا يملك الإجبار بنفسه، لا يملك الخلع كالولى الذى ليس بوصى.

ووجه الرواية الثانية أنه ولى يحجب سائر الأولياء حال البكارة، كالأب.

وروى زياد بن جعفر، عن مالك: لا بأس أن يبارى الولى والخليفة عن الصغيرة.

مسألة: وأما المريضة، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: لا يجوز الخلع. وروى ابن عبد الحكم عنه، جواز ذلك.

وجه القول الأول أنه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه؛ لأن الزوجة لا تملك تصيير مالها إليه حال مرضها.

ووجه القول الثانى أن مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق، فلم يمنع المقصود به من إزالة الملك.

فرع: إذا قلنا إنه يجوز الخلع، فقد روى ابن عبد الحكم، عن مالك: يكون له خلع مثلها، ويرد ما بقى. وقال ابن القاسم: إن ماتت من ذلك المرض، فله قدر ميراثه، إلا أنه تكون ما خالعته به أقل، فله الأقل.

وجه القول الأول أن هذا معاوضة بما يرسل الزوج من ملك بضعها، وهى فى مرضها غير ممنوعة من المعاوضة بما لها، وإنما هى ممنوعة من المحاباة، فلذلك كان له خلع مثلها، ومنع المحاباة إن زادته على خلع مثلها.

ووجه قول ابن القاسم أن الميراث كان له إن ماتت من مرضها، فإن خالعته بأقل من ذلك، فقد رضى بإسقاط بعض حقه، فكان له ما أبقى منه.

فرع: فإذا اعتبرنا ميراثه منها، فإنما ينظر فى ذلك إلى مالها من يوم ماتت، ولا يحسب عليها ما أنفقت. قال محمد: ولا ما تلف. وروى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم فى العتبية: إنما يعتبر بقدر ميراثه منها يوم الصلح، ولا ينظر إلى ما تلف من مالها بعد ذلك.

وجه القول الأول، وهو قول محمد، أن الميراث إنما يكون يوم موتها، فوجب أن يكون الاعتبار بقدره ذلك اليوم.

ووجه قول ابن القاسم أن العقد إنما لزم يوم الصلح، فيجب أن يكون ما يعتبر به العوض منها بما كان عليه يوم لزوم العقد.

* * *

طلاق المختلعة

١١٧٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ الربيع بِنْتَ مُعَوَّذِ بْنِ عَفْرَاءَ جَاءَتْ هِيَ وَعَمُّهَا إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا فِي زَمَانِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ،

١١٧٣ - المغنى ٤٤٩/٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٣١٦/٧، ٤٥٠. ابن حزم فى المحلى ٢٣٧/١٠. ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٥٤.

فَبَلَغَ ذَلِكَ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ، وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْمُطَلَّقَةِ.

الشرح: قول الربيع: «**إنها اختلعت من زوجها، وبلغ ذلك عثمان بن عفان، رضى الله عنه، فلم ينكره**»، أرادت بذلك أنه أمر غير محظور على أحد الزوجين، إذا لم يكن ذلك عن ظلم أحدهما الآخر.

وقد يجوز أن يخالع الرجل المرأة من غير أمر يقتضيه إلا رغبة المرأة عن الزوج وكراهيتها له، وقد خالع ثابت بن قيس بن شماس زوجه حبيبة بنت سهل، فحكم النبى ﷺ بذلك، فكيف ينكره عثمان بن عفان، رضى الله عنه، ولعله قد شاهد ذلك الخلع أو بلغه، والله أعلم.

وقد احتج محمد بن المواز فى ذلك بقوله تعالى: ﴿**وإن امرأة خافت من بعلها نشوزًا أو إعراضًا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحًا**﴾ [النساء: ١٢٨]، فأفرد الإعراض من النشوز.

فصل: وقول عبد الله: «**عدتها عدة المطلقة**»، يريد المطلقة التى لم تعط على ذلك عوضًا. ومعنى ذلك أن العدة عن الطلاق لا تختلف باختلاف الطلاق، بل هى سواء فى الطلاق على وجه الخلع بالعوض والطلاق المبتدأ من غير عوض، والله أعلم.

١١٧٤ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ وَابْنَ شِهَابٍ كَانُوا يَقُولُونَ: عِدَّةُ الْمُخْتَلِعَةِ مِثْلُ عِدَّةِ الْمُطَلَّقَةِ ثَلاثَةُ قُرُوءٍ.

الشرح: قولهم، رضى الله عنهم: «**أن عدة المختلعة مثل عدة المطلقة**»، على ما تقدم، ثم فسروا ذلك بأنها ثلاثة قروء، وهذا فى ذات الأقراء، ولم يريدوا بذلك أنها لا تساويها إلا فى الأقراء، بل هى مساوية لها فى العدة بالحمل والشهور والمرتابة، كما هى مساوية لها فى الاعتداد بالأقراء، والله أعلم.

مسألة: والخلع طلاق وليس بفسخ، خلافًا للشافعى؟. والدليل على ما نقوله أن الزوج أخذ عوضًا على إرسال ما يملكه، والذى يملك الطلاق دون الفسخ.

ووجه آخر، أن كل فرقة يصح إبقاء النكاح مع الموجب لها، وأنها طلاق كفرقة العنين والمعسر بالنفقة.

١١٧٤ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٥٥.

قَالَ مَالِك فِى الْمُفْتَدِيَةِ: إِنَّهَا لا تَرْجِعُ إِلَى زَوْجِهَا إِلا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ، فَإِنْ هُوَ نَكَحَهَا، فَفَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنَ الطَّلاقِ الآخَرِ، وَتَبْنِى عَلَى عِدَّتِهَا الأولَى.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِى ذَلِكَ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «**فى المفتدية، أن حكمها حكم المختلعة**»، وقد روى ابن وهب، عن مالك: أن المبارئة هى التى تبارى من زوجها قبل البناء بها، فتقول: خذ الذى لك، واتركنى، والمفتدية هى التى تعطيه بعض الذى لها، وتمسك بعضه، وكذلك المصالحة. والمختلعة هى التى تعطيه جميع مالها، وتنخلع عنه. وفى المدنية من رواية محمد ابن يحيى، عن مالك مثل ذلك فى المبارئة والمفتدية والمختلعة.

وروى عيسى بن دينار، عن مالك: أن المبارئة هى التى لا تأخذ شيئًا، ولا تعطى، والمختلعة هى التى تعطى، وهذا كله يكون قبل الدخول وبعده، فما كان قبل الدخول فلا عدة فيه.

قال القاضى أبو محمد: هذه الألفاظ الأربعة تعود إلى معنى واحد، وإن اختلفت صفاتها من جهة الإيقاع، وفسرها بما قدمناه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فى المفتدية أنها لا ترجع إلى زوجها إلا بنكاح جديد**»، يقتضى فصلين، أحدهما: أن طلاقه ليس برجعى، بل هو بائن خلافًا لأبى ثور.

والدليل على ما نقوله أنها إنما أعطته العوض لتملك نفسها، ولو كان طلاق الخلع رجعيًا، لم تملك نفسها، ولم تنتفع به، ولاجتمع للزوج العوض والمعوض عنه.

والفصل الثانى أن له أن يتزوجها بنكاح جديد فى العدة وبعدها، فأما بعد العدة، فهو أحد الخطاب، وأما فى العدة، فإن العدة منه، فلا تمنعه عقد النكاح، وإنما تمنع غيره، فإن كانت حائلاً، فذلك مباح له فى جميع أوقات العدة، وإن كانت حاملاً، فذلك له ما لم يثقل حملها، فتكون حينئذ بمنزلة من تزوج مريضة، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا مع إطلاق العقد، ولو بذلت له العوض وشرط الرجعة، ففيها روايتان، رواهما ابن وهب، عن مالك، إحداهما: ثبوتها، وبها قال سحنون. والثانية: نفيها.

قال سحنون: وجه الرواية الأولى أنهما قد اتفقا على أن يكون العوض فى مقابلة ما سقط من عدد الطلاق، وذلك جائز.

ووجه الرواية الثانية أنه شرط فى العقد ما يمنع المقصود منه، فلم يثبت ذلك كما لو شرط فى عقد النكاح، أنى لا أطأ.

فصل: وقوله: «**فإن نكحها فقارقها قبل أن يمسها، لم يكن عليها عدة من الطلاق الآخر**»، يريد، رحمه الله؛ لأن هذا نكاح لم يمس فيه، فلا تثبت فيه عدة لقوله عز وجل: ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها**﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وهذا إن كان تزوجها بعد انقضاء العدة.

فإن تزوجها وفارقها قبل أن تنقضى العدة، فهى على عدتها الأولى؛ لأن النكاح الثانى لا يؤثر فى العدة، ولا يبطل التمادى عليها إلا بالمسيس، فإذا عرا من المسيس، فلا يثبت فيه حكم العدة، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِك: إِذَا افْتَدَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا بِشَيْءٍ عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَطَلَّقَهَا طَلاقًا مُتَتَابِعًا نَسَقًا، فَذَلِكَ ثَابِتٌ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ صُمَاتٌ، فَمَا أَتْبَعَهُ بَعْدَ الصُّمَاتِ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «**إذا افتدت المرأة من زوجها بشيء على أن يطلقها طلاقًا متتابعًا نسقًا، فذلك ثابت عليه**»، يريد أن من قال لزوجته فى طلاق الخلع الذى تبين به الزوجة، وتخرج به عن حكم الزوج، أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، وكان ذلك متصلاً، فإن حكمه فى اللزوم، حكم من قال لها ذلك فى لفظ واحد: أنت طالق ثلاثًا، خلافًا للشافعى.

والدليل على ذلك أن نسق الكلام بعضه على بعض متصلاً، يوجب له حكمًا واحدًا، ولذلك إذا اتصل الاستثناء باليمين بالله أثر، وثبت له حكم الاستثناء، وإذا انفصل عنه لم يكن له تعلق بما تقدم من الكلام.

فصل: وقوله، رحمه الله: «**فإن كان بين ذلك صمات، فليس بشىء**»، يريد إن لم يتصل كلام وتخلله صمت أو كلام لم يتعلق بما قبله، ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق مبتدأ، لم يلحقها طلاق يتخلل بينه وبين المخالعة صمات؛ لأن ما حال بينه وبين طلاق صمت، فهو كلام مبتدأ، له حكم الطلاق المبتدأ.

ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق فى العدة، لم يلحقها الطلاق الذى حال بينه وبين الطلاق الأول صمت. وقال أبو حنيفة: يلحق المختلعة الطلاق فى العدة.

والدليل على ما نقوله أن هذه لا يلحقها طلاقه بلفظ يعمها وسائر نسائه، فلم يلحقها طلاق يخصها. أصل ذلك المطلقة قبل البناء، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى اللعان

١١٧٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ سَهْلَ بْنَ سَعْدٍ السَّاعِدِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّ عُوَيْمِرًا الْعَجْلانِيَّ جَاءَ إِلَى عَاصِمِ بْنِ عَدِيٍّ الأَنْصَارِيِّ، فَقَالَ لَهُ: يَا عَاصِمُ، أَرَأَيْتَ رَجُلا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلا، أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ سَلْ لِى يَا عَاصِمُ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ؟ فَسَأَلَ عَاصِمٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَكَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَسَائِلَ، وَعَابَهَا حَتَّى كَبُرَ عَلَى عَاصِمٍ مَا سَمِعَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَلَمَّا رَجَعَ عَاصِمٌ إِلَى أَهْلِهِ، جَاءَهُ عُوَيْمِرٌ، فَقَالَ: يَا عَاصِمُ، مَاذَا قَالَ لَكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ؟ فَقَالَ عَاصِمٌ لِعُوَيْمِرٍ: لَمْ تَأْتِنِى بِخَيْرٍ، قَدْ كَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَسْأَلَةَ الَّتِى سَأَلْتُهُ عَنْهَا، فَقَالَ عُوَيْمِرٌ: وَاللَّهِ لا أَنْتَهِى حَتَّى أَسْأَلَهُ عَنْهَا، فَقَامَ عُوَيْمِرٌ حَتَّى أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَسَطَ النَّاسِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ رَجُلا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلا، أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قَدْ أُنْزِلَ فِيكَ وَفِى صَاحِبَتِكَ فَاذْهَبْ فَائت بِهَا» قَالَ سَهْلٌ: فَتَلاعَنَا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَلَمَّا فَرَغَا مِنْ تَلاعُنِهِمَا، قَالَ عُوَيْمِرٌ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا، فَطَلَّقَهَا ثَلاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

١١٧٥ - أخرجه البخارى كتاب الطلاق باب من أجاز طلاق الثلاث ٧/٧٥، وتفسير القرآن ٤٧٤٥، ٤٧٤٦، والحدود ٦٨٥٤، والأحكام ٧١٦٥، ٧١٦٦، والاعتصام فى الكتاب والسنة ٧٣٠٤، والجهاد ٢٦١٢، ٢٦١٥، ٢٦١٩. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٦٦، ٢٠٦٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٢٢٩٧، ٢٢٣٢٠، ٢٢٣٣٠، ٢٢٣٣٦، النذور والأيمان ٢٣٣٤. الدارمى فى النكاح ٢٢٢٩، عن عويمر. ابن حبان ٦/٢٤٣، عن عويمر. الطبرانى فى الكبير ٦/١٤٣، عن عويمر. الطحاوى بمعانى الآثار ٤/١٥٦، عن عويمر.

قَالَ مَالِك: قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَكَانَتْ تِلْكَ بَعْدُ سُنَّةَ الْمُتَلاعِنَيْنِ(١).

الشرح: قوله: «**إن عويمرًا العجلانى**»، يقال إنه عويمر بن أبيض العجلانى «**جاء إلى عاصم بن عدى**»، على حسب ما يلجأ الناس فى مهم أمورهم وما دهمهم إلى أهل الفضل والعلم والتقدم منهم.

وعويمر هذا من أقارب عاصم بن عدى المذكور، فلجأ إليه ليسأل له النبى ﷺ، فيما نزل به لكون عاصم ممن يقرب من النبى ﷺ لتقدمه وفضله مع علمه ودينه، فكان أعلم بما سئل فيه، وأوعى للجواب عنه.

وقد روى البخارى عنه من حديث القاسم بن محمد، عن ابن عباس: ذكر المتلاعنان عند رسول الله ﷺ، فقال عاصم بن عدى فى ذلك قولاً، ثم انصرف، فأتاه رجل من قومه، فقال له: إنه وجد مع امرأته رجلاً، فقال عاصم: ما ابتليت بهذا الأمر إلا لقولى.

فصل: وقوله: «**أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقتله فتقتلونه، أم كيف**

---

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/٢٨٩، ٢٩٠: هكذا هو فى الموطأ عند جماعة الرواة: قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين. ورواه جويرية، عن مالك بإسناده، عن ابن شهاب، عن سهل، وساقه بنحو ما فى الموطأ إلى آخره وقال: فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، فكان فراقه إياها سنة. هكذا قال فى نسق الحديث: جعله من قول سهل بن سعد، لا من قول ابن شهاب. وكذلك رواه إبراهيم بن طهمان، عن مالك بإسناده ومعناه، وقال فى آخره: فلما فرغا من تلاعنهما، طلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، قال: «فكانت فرقته إياها سنة بعد» ومن رواة إبراهيم بن طهمان من يقول عنه فيه: فكان طلاقه إياها سنة. كل ذلك مدرج فى كلام سهل لا من قول ابن شهاب. وهو عند جماعة رواة الموطأ من قول ابن شهاب، كذلك هو عند القعنبى، ومطرف، ومعن بن عيسى، وابن بكير، وابن القاسم، وابن وهب، والشافعى، وأبى مصعب، والتنيسى، ويحيى بن يحيى النيسابورى، وأحمد بن إسماعيل المدنى وعبد الله بن نافع الزبيرى، وغيرهم. واختلف أصحاب ابن شهاب فى ذلك أيضًا، قال الدارقطنى: وقد روى حديث اللعان عن الزهرى، عن سهل بن سعد، جماعة من الثقات فاختلفوا عنه فى قوله: فكان فراقه إياها سنة المتلاعنين، فأدرجه جماعة منهم فى نفس الحديث وجعلوه من قول سهل بن سعد، منهم ابن جريج، وابن أبى ذئب، والأوزاعى، وعياض بن عبد الله الفهرى، وفليح بن سليمان، وإبراهيم بن إسماعيل بن مجمع. وفصله عقيل بن خالد، وإبراهيم بن سعد، ومحمد بن إسحاق، ويزيد بن أبى حبيب، فيما كتب إليه الزهرى؛ قالوا فى آخره: قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين، كما فى الموطأ.

يصنع؟»، وهذا من التحرز فى السؤال لئلا يصرح بقذف من نسب إليه ذلك، فيجب عليه الحد.

ولعله كان يعتقد أن مثل ذلك يجب عليه فى امرأته؛ لأن حكم اللعان لم يكن نزل بعد، ولعله أيضًا لم يرد أن يعلن بخبره، وأراد أن يكون إعلانه وكتمانه على حسب ما يبدو إليه من حكم القضية، ولذلك استناب عاصم بن عدى فى السؤال.

ومعنى قوله: «**أيقتله فتقتلونه**»، على وجهين، أحدهما: هل يجب عليه فى قتله القصاص. والثانى: هل من وجه يصل به إلى إزالة ما أصابه عن نفسه وإلى شفاء غيظه بغير هذا الوجه من قتله الذى إذا فعل قتل به، ثم قال: «**سل لى يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ** ».

فصل: وقوله: «**فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ** »[٢]، يريد، والله أعلم، أنه كره مثل هذا أن يقذف رجل امرأته، ويرميها بزنى من غير أن تقدم له بينة بما يدعيه؛ لما اعتقد أن الحد يجب عليه كما يجب فى قذفه الأجنبية.

ولذلك روى عنه ﷺ أنه قال لهلال بن أمية لما قذف امرأته عند النبى ﷺ: «البينة وإلا حد فى ظهرك»[*]، فقال هلال: والذى بعثك بالحق، إنى لصادق، فلينزلن الله ما يبرئ ظهرى من الحد، فنزل: ﴿**والذين يرمون أزواجهم**﴾ [النور: ٦]، حتى بلغ ﴿**إن كان من الصادقين**﴾ [النور: ٩].

ويحتمل أن يكون ﷺ كره التسرع فى ذلك نظر، ويحتمل أن يكون ﷺ كره السؤال لمعنى يقترن به، فكرهه لوجهين، أحدهما: أن يكون من سؤال من يريد به التشغيب، ولا يقصد التفقه كما كان يسأله بعضهم عن ناقة ضلت له أو من أبوه، وما جرى مجرى هذا.

وقد روى عنه أنه قال: «اتركونى ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم لأنبيائهم، واختلافهم عليهم»[*].

---

(٢) قال النووى: المراد كراهة المسائل التى لا يحتاج إليها لاسيما ما كان فيه هتك ستر أو إشاعة فاحشة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٧١، ٤٧٤٧. الترمذى حديث رقم ٣١٧٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٦٩. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٦٧.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٧٢٨٨. مسلم حديث رقم ١٣٣٧. الترمذى حديث رقم=

والوجه الثانى أنه كان ﷺ يكره كثرة السؤال لما فيه من التضييق على الناس، وإن لم يسأله عنه، ووكل الناس فيه إلى اجتهاد علمائهم، وإذا سئل عن القضية، ونص عليها، لزم امتثال ذلك النص، ولَم تحل مخالفته، وربما كان فيه بعض التشغيب، فيؤدى ذلك إلى التضييق على الناس.

وقد روى عنه ﷺ أنه قال: «إن أعظم الناس جرمًا من سأل عن شىء لم يحرم، فحرم من أجل مسألته»(*).

وليس هذا حكم سائر الناس وتسائلهم عن المسائل، فإنه من قصد بسؤال العالم التبكيت، والتعنيت، والأذى، لم يجز ذلك، سواء وجد عنده علمًا أو لم يجد؛ لفساد مقصد السائل.

فإن سأل على سبيل المناظرة والمجاورة فيها ليتبين الحق أو يبديها فى النظر، ويستعان بذلك على استعماله إذا احتيج إليه، فهو وجه من السؤال صحيح، ولو سأل على سبيل الاستفتاء من فرضه ذلك، فهذا أمر واجب، والله أعلم.

وليس فى شىء من هذين الوجهين اللذين ذكرناهما وجه يتوقع الآن؛ لأن الشرع لا ينتقل عن الجواز إلى المنع لتكلم العلماء فى وقتنا هذا فى المسائل، ولا لسؤال العالم وفتياه فى الأحكام.

فصل: وقوله: **«فلما رجع عاصم إلى أهله، جاءه عويمر، فقال: يا عاصم، ماذا قال لك رسول الله ﷺ »**، يريد فى مسألته التى كلف عاصمًا السؤال عنها؛ لأنه إنما جاءه مقتضيًا الجواب فيها حين كلفه السؤال عنها، فقال له عاصم: **«لم تأتنى بخير»**، يريد أن ما كلفتنى من السؤال لم يثمر خيرًا ولا سببه، فإن رسول الله ﷺ قد كره مسألتك.

وهذا يقتضى أن رسول الله ﷺ لم يخبر عنها بشىء غير ما أظهر من كراهية السؤال، وعلى هذا ينبغى للعالم أن لا يسرع بالجواب عما استفتى فيه، إذا لم يتبين له وجه الصواب فيه، وإذا خاف أن لا يتسبب به إلى محظور، حتى يكشف عن وجهه وسببه وجهة السائل ومقصده ما أمكنه.

=٢٦٧٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٦١٩. ابن ماجه فى المقدمة حديث رقم ٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٧٣٢٠.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٧٢٨٩. مسلم حديث رقم ٢٣٥٨. أبو داود حديث رقم ٤٦١٠. أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٤٨.

فصل: وقول عويمر: «**والله لا أنتهي حتى أسأله عنها**»، يريد استدامة ما كان عليه من السؤال عن مسألته وطلب حكمه، ولم يرده عن ذلك ما ظهر إليه من كراهية النبي ﷺ لمسألته حين لم يمكنه الصبر على ما زعم أنه ظهر إليه، ولم يعلم ما له في ذلك من القول والفعل.

ولعله خاف حملاً، فاحتاج إلى أن يعلم وجه نفيه عنه، ولعله قد تأول في الكراهية لمسألته بعض ما ذكرناه مما لا يمنعه السؤال عنها، إن كانت قد نزلت به.

أو لعله رجا أن يبين من حاله إذا سأله ما يصل به إلى معرفة ما يريده من غير أن يوجب على نفسه حدًا، وترتفع به الكراهية. فلما جاء إلى رسول الله ﷺ سأل عن مسألته بمثل ما كان كلف عاصمًا أن يسأل له عنها.

وقوله: «**في رجل وجد مع امرأته رجلاً**»، يحتمل أن يكون زاد على هذا أنه رآها تزني معه، ويحتمل أن يكون اقتصر على هذا اللفظ فقط.

فإن كان فسر ذلك، فقد قال القاضي أبو محمد: إنه ادعى الرؤية، ووصف ذلك كما يصف الشهود على إحدى الروايتين، وادعى الرؤية، ولم يفسرها على الرواية الثانية، فإن له أن يلاعن.

وأما إذا لم يدع رؤية، فهل يلاعن أم لا؟ فعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: يلاعن، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. والثانية: أنه يحد، ولا يلاعن.

وجه قولنا أنه يلاعن قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم**﴾ [النور: ٦]، ولم يفرق بين أن يدعي رؤية أو لا، ولأنه قاذف لزوجته، لم يتبين كذبه، فكان له أن يلاعن كما لو ادعى رؤية.

ووجه الرواية الثانية أنها حرة عفيفة مسلمة، قذفها من لم يحقق قذفه، فلزمه الحد كالأجنبي، ولفظ الوجود مع امرأته ليس بصريح في القذف.

ولو قال رجل: وجدت مع امرأتي رجلاً في لحافها، أو وجدتها قد تجردت لرجل، أو وجدتها وهي مضطجعة مع رجل عريانين، ففي المدونة عن ابن القاسم: لم أسمع من مالك في ذلك شيئًا، إلا أنه لا لعان بين الزوجين، إلا أن يرميها بزنى أو ينفي حملها، فأرى إذا لم يكن له بينة على ما ذكر، فعليه الأدب دون الحد.

ووجه ذلك إذا فهم منه أنه لم يرد إلا الإخبار عما تلفظ به.

وأما لو فهم منه أنه أراد التعريض، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: يحد الزوج فى التعريض، ولا يلاعن، وقد وجدت فى غير هذا الموضع أنه يلاعن.

وجه القول الأول أنه لا معنى للتعريض، بل هو دليل على كذبه؛ لأن من امتحن بمثل هذا لا يقدر على الإمساك والسكوت، ولذلك جعل له المخرج باللعان، فإذا عدل عن التصريح إلى التعريض، دل ذلك على كذبه.

فصل: وأما قوله: «**وجد مع امرأته رجلاً**»، فإنه يريد زوجته؛ لأن هذا اللفظ إذا أطلق، فهم منه الزوج، فاقتضى ذلك إضافة القذف إلى الزوجية، ولو أضافه إلى غير الزوجية بأن يقول: رأيتك تزنى قبل أن أتزوجك، فلا خلاف نعلمه فى المذهب أنه يحد ولا يلاعن.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة**﴾ [النور: ٤]، ثم خصه بقوله: ﴿**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله**﴾ [النور: ٦]، فخص الأزواج بحكم اللعان، فاقتضى ذلك أن من أضاف القذف إلى غير زوجه يحد، ولا يلاعن.

ومن جهة المعنى أنه قذفها بزنى، ولو حملت منه لم يلحقه، فلزمه الحد كما لو كانت أجنبية حين القذف.

ووجه آخر، أنه لو قذفها، وأنكر حملها، ثم استدام الزوجية والوطء لظهر بذلك كذبه وحد، فإذا تزوجها بعد الوقت الذى زعم أنها زنت فيه، فبأن يحد ولا يلاعن أولى وأحرى.

فصل: وقوله: «**وجد مع امرأته رجلاً**»، فيه تحرز من التصريح باسم المقذوف؛ لأنه لو صرح به، ولم تقم له البينة لكان قاذفًا له، يجب عليه الحد، ولم يتخلص منه باللعان خلافًا للشافعى أنه يسقط ذلك تلاعن الزوجة.

والدليل على ما نقوله أنه شخص لا يجب عليه الحد بالتعان الزوج، فلم يسقط قذفه بلعانه مع كونه ممن يحد قاذفه كالمرأة الأجنبية.

مسألة: فإن حد للرجل المسمى، فإنه يسقط عنه اللعان. قال سحنون: ووجه ذلك أن من حد بقذف رجل دخل فيه كل قذف، ثبت عليه قبل ذلك الحد لمن قام به أو لمن لم يقم به.

مسألة: وإذا لم يسمه، فلم يجب عليه حد، خلافًا لأحد قولى الشافعى: أنه يجب عليه الحد وإن لم يسمه.

والدليل على ما نقوله أن حد القذف لا يجب استيفاؤه لـه إلا بمطالبة مستحقه، وإذا كان مجهول العين والاسم، لم تصلح المطالبة به، فلم يجب الحد كما قـال: رأيـت رجـلاً يزنى.

فصل: وقوله: «**أرأيت رجلاً وجد مع امرأته**»، سؤال عام، لكـن جوابـه ﷺ خـاص بقوله: «**قد نزل فيك، وفى صاحبتك قرآن، فاذهب فائت بها**». وقال السـائل: «**أيقتلـه فتقتلونه، أم كيف يفعل**». وقد سأل عن قصته بلفظ الغائب؛ لئلا يلزمـه حكـم الإقـرار، وأقره النبى ﷺ على ذلك لما كان فيه من تسليم نفسـه مـن حـد القـذف والذهـاب إلى التستر إن ذهب إليه، إن كان وقع له سهو أو قلة استثبات.

وقوله: «**أيقتله فتقتلونه**»، وإقرار النبى ﷺ له على ذلك، دليل على أن من وجـد مـع امرأته رجلاً فقتله، فإنه يقتل به.

فصل: وقوله ﷺ: «**قد نزل فيك وفى صاحبتك قرآن، فاذهب، فائت بها**»، يقتضى أن النبى ﷺ قد عرف أنه صاحب المسألة.

ولعل ذلك كان بالوحى الذى أنزل فى قصتهمـا، فـاعلم فيـه أن السـائل، وإن كـان ورى، فلم يضف الأمر إلى نفسه، فإنه صاحب ذلك والمبتلى به، فأعلمه النبى ﷺ أنه قد أنزل فيه وفى صاحبته بعد ما تقدم أوحى إليه أن المسألة مما لابد للناس منها، وممـا يجـب أن يباح لهم السؤال عنها، أو يكون ظهر ذلك إليه قبل الوحى، والله أعلم.

فصل: وقول سهل: «**فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسـول اللـه ﷺ**»، يـدل علـى أنـه ليس من سنة اللعان الاستتار به، بل من سنته إحضـار النـاس لـه؛ ليشـتهر أمـره بلحـوق النسب بالزوج أو انتقاله عنه، ولا يكون إلا عند الإمام أو الحاكم؛ لأنه حكم يفتقـر إلى حاكم به.

مسألة: وهو جائز فى كل وقت من أوقـات النهـار، قالـه مـالك فـى كتـاب محمـد، وذلك أنه حكم، فلم يختص بوقت دون وقت. قال ابن وهب: ويكون بأثر صلاة.

قال مالك: وبأثر مكتوبة أحب إلىَّ «وقد كان ذلـك عندنـا بعـد العصـر، ولـم يكـن سنة»، يريد أنها يمين تقتضى التغليظ، فغلظت بالوقت على جهـة الاستحباب؛ لمـا روى

أبو هريرة، عن النبى ﷺ أنه قال: «ثلاث لا ينظر الله إليهم يوم القيامة، ولا يزكيهم، ولهم عذاب أليم، رجل كان له فضل ماء بالطريق يمنعه من ابن السبيل، ورجل بايع إمامًا لا يبايعه إلا بدنيا، فإن أعطاه منها رضى، وإن لم يعطه منها سخط، ورجل أقام سلعته بعد العصر، فقال: والله الذى لا إله إلا هو لقد أعطيت بها كذا وكذا، فصدقه»(*).

وفى ذلك فائدة اجتماع الناس مع الانصراف من عبادة تذكر بالله تعالى، وتنهى عن الباطل، قال الله تعالى: ﴿**إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر**﴾ [العنكبوت: ٤٥].

وقال عبد الملك بن الماجشون: لا يكون إلا بأثر صلاة، وفى مقطع الحقوق، فكأنه جعل ذلك شرطًا كالمكان.

وأما التغليظ بالمكان، فإنه يمين، فيما له بال يحتاج إلى التغليظ، فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين فى الحقوق وعليه جماعة العلماء.

وقد روى ابن جريج، عن ابن شهاب فى هذا الحديث: فتلاعنا فى المسجد، وأنا شاهد، وأما اليهودية والنصراينة، فتلاعن بحيث تعظمه من البيع والكنائس، قاله مالك.

فرع: فإن كان هناك عذر يمنع من دخول يقطع الحق، فلا يخلو أن يكون انقضاؤه معتادًا كالحيض أو لا يكون معتادًا كالمرض.

فإن كانت حائضًا لاعن هو لما يريد من الاستعجال، ويخاف أن ينزل به مانع من اللعان، هذا الذى قاله أصحابنا، ويحتمل أن يلزمه ذلك ليدرأ عن نفسه الحد، وتؤخر هى إلى أن تطهر فتلاعن.

فإن كان مريضًا وكانت مريضة أرسل الإمام إلى المريض منهما عدولاً، رواه فى العتبية أصبغ، عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه حكم من سنته التعجيل، والمرض لا يدرى له غاية، فسقط المكان بالتعجيل للضرورة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فلما فرغا من تلاعنهما**»، يريد أكمل كل واحد منهما من ذلك ما

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٥٨. مسلم حديث رقم ١٠٨. الترمذى حديث رقم ١٥٩٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٤٦٢. أبو داود حديث رقم ٣٤٧٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٠٧.

يجب فى حقه. قال عويمر: «**كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها**»، يريد أنه إن أمسكها بعدما علم وتيقن من حالها الموجب للعانها، فهو كاذب عليها.

ويحتمل أن يريد به أن ذلك مما يبين كذبه، وهو كما قال: إن من زعم أن زوجته قد زنت، وثبت فى حقه اللعان إما برؤية أو قذف أو انتفاء من حمل، ثم ظهر منه من البقاء على ذلك والسكوت عنه طويل المدة أو وطئها أو الالتذاذ بها، ما يدل على إمساكها لها، فإنه يبطل حقه من اللعان، ويتبين بما فعله كذبه، ويجب عليه الحد، وهو الذى قاله مالك وجماعة أصحابنا.

والوجه الثانى أن يقول: إنى أحكم على نفسى بحكم الكاذب إن أمسكتها كما يقول القائل: أنا فاسق، إن لم أفعل كذا، وأنا ظالم، إن تركت حقى، وما جرى مجرى ذلك.

فصل: وقوله: «**فطلقها ثلاثًا**»، يريد أنه أتى بهذا اللفظ، وهو قوله: «**هى طالق ثلاثًا**»، ويحتمل أن يريد به أن ذلك مقتضى قوله: «**كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها**»؛ لأن المفهوم من قوله هذا من دليل صدقه أن لا يمكنه المقام معها، ولا الإمساك لها على حكم الزوجية.

وهذا يقتضى الطلاق الثلاث؛ لأنه لو طلقها طلاقًا رجعيًا، لكان فى معنى الممسك لها، ولا يستدل بذلك على صدقه؛ لأن من اطلع من زوجته على مثل هذا يبلغ به الغضب إلى أنه لو استحل قتلها لقتلها.

فإن امتنع من ذلك للشرع، أبانها أو أبعدها بأكثر مما يمكنه حتى لا يراها، ولا يقدر أن يسمع ذكرها، ولا خبرها، فكيف أن يمسك عصمتها، ويحتمل أن يكون ذلك آخر طلقة بقيت له فيها بوصف طلاقه كله فيها ما أوقع قبل اللعان وما أوقع بعد.

فإن كان صرح فى طلاقها بالثلاث، ولم ينكر عليه النبى ﷺ مع أن إيقاع الثلاث ممنوع على ما قاله مالك وأصحابه، فإنه يحتمل أن يكون ترك الإنكار عليه لما كان ذلك أمرًا واجبًا بالشرع.

ولعله قد جرى فى المجلس ما علم به عويمر حكم ذلك أو أوقعه ابتداء لما بلغ به الغضب من فعلها، والبغض لها والغيظ عليها، فلم ينكر عليه النبى ﷺ لما كان ذلك حكمه، لو لم يبرأ به.

فإن طلاق اللعان تحريمه مؤبد، وهو أشد من الثلاث؛ لأن تحريم الثلاث يرتفع بوجه وتحريم اللعان لا يرتفع بوجه، فكان بمنزلة من علم من حاله أنه قد طلق زوجته طلقتين، فطلقها بعد ذلك ثلاثًا، فإنه لم يواقع محظورًا؛ لأنه لا تأثير لقولنا إلا ما يؤثر قوله: أنت طالق، لاسيما إذا نوى أن ذلك آخر ثلاث تطليقات طلقها.

ومع هذا، فإن قذفها بالزنى يقتضى مباعدتها، فلو وطئها بعد أن قذفها حد، ولم يلاعن؛ لأنه أكذب نفسه بذلك، فكان فراقه تصديقًا لقوله فيما قذفها به، وما وجد منه قبل ذلك من الوطء، فلا تأثير فى ذلك.

قال ابن القاسم فى العتبية: أنه إذا قذفها، وقال: رأيتها تزنى لاعن، ولم يسأل هل وطئها قبل ذلك، ولا يضره إن أقر بذلك، فإن أقر أنه وطئها بعد ذلك حد، ولم يلاعن ولحق به الولد، وهذا مبنى على أنه لا يراعى الاستبراء.

فصل: وقوله: «**قبل أن يأمره رسول الله ﷺ بذلك**»، يقتضى أن الفرقة تقع من غير حكم حاكم بذلك، ولا يصح أن يقال أن هذه الفرقة إنما وقعت بأن طلق ثلاثًا؛ لأن فرقة اللعان مؤبدة بإجماع إذا لم يكذب نفسه، وفرقة الثلاث لا تتأبد، ولا تتعلق بالتمادى على حكم اللعان. وقال أبو حنيفة: لا تقع فرقة اللعان إلا بحكم حاكم.

والدليل على ذلك الحديث المتقدم، فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ بذلك، فكانت سنة المتلاعنين.

ومن جهة المعنى أنها فرقة تجب باللعان، فاستغنت عن حكم الحاكم، ولو احتاجت إلى ذلك لم تجب باللعان.

ودليل ثان، وهو أن هذه فرقة تقتضى تحريمًا مؤبدًا، فلم تفتقر إلى حكم حاكم كالفرقة الواقعة بتحريم الرضاع والمصاهرة.

فرع: ولا تقع الفرقة بالتعان الزوج حتى تكمل المرأة الالتعان خلافًا للشافعى فى قوله: تقع الفرقة بالتعان الزوج.

وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: أن الفرقة تقع بلعان الزوج، ولكن لا تتم إلا بلعانها، وبذلك يدرأ عنها العذاب، وهذا الخلاف فى المذهب إنما هو خلاف فى عبارة؛ لأن الفرقة لا تتبعض.

ولا خلاف عند أصحابنا أنها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما الفرقة، وكذلك لو أكذب نفسه قبل إتمام التعانها، وقد نص عليه مالك.

ووجه ما نقوله أن التلاعن لم يكمل، فلم تقع الفرقة كما لو بقى من لعان الزوج شىء.

مسألة: وليس على الإمام أن يأمر المتلاعن بأثر الفراغ من اللعان بالطلاق؛ لأنه لا تأثير لذلك، ولم يرد عن النبى ﷺ أنه أمر بذلك، فيقتضى بما صح عنه، رواه ابن مزين، عن عيسى، قال: إنى لأحب للزوج أن يطلق مثل ما صنع عويمر، وإن لم يفعل، فيكفى فى ذلك ما مضى من سنة المتلاعنين أنهما لا يتناكحان أبدًا.

وهو الذى قاله عيسى: لا تأثير له، ولا يتعلق له حكم أكثر من ظهار الزوج ما يدل على صدقه من الإصرار على مفارقتها، والإبعاد لها، وإظهار معرفته بما يقتضيه اللعان من التحريم، ويقتدى فى ذلك بما فعله أحد الصحابة بحضرة النبى ﷺ فأقره عليه، وهو معنى اللعان، ألا ترى أن سكوته عنها بعد علمه دليل على كذبه، فيستحب له أن يأتى من ذلك بما يؤكد صدقه.

فصل: قول ابن شهاب: **«فكانت تلك سنة المتلاعنين»**، يريد أن الفرقة بينهما سنة ثابتة بين المتلاعنين، ويحتمل أن يريد بذلك استحباب إظهار الطلاق بعد اللعان على ما قاله عيسى بن دينار، ويحتمل أن يريد بذلك وقوع الفرقة بينهما بانقضاء اللعان، وتأبيد التحريم، والله أعلم وأحكم.

١١٧٦ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلا لاعَنَ امْرَأَتَهُ فِى زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَانْتَفَى(١) مِنْ وَلَدِهَا، فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا

١١٧٦ – أخرجه البخارى كتاب الطلاق باب بمن يلحق الولد بالملاعنة ٩٩/٧، فى الفرائض ٦٧٤٨. مسلم فى اللعان ١٤٩٣، ٢٤٩٤. الترمذى فى الطلاق واللعان ١٢٠٢، ١٢٠٣. النسائى فى الطلاق ٣٤٧١، ٣٤٧٢، ٣٣٤٧٣، ٣٤٧٤، ٣٤٧٥. أبو داود فى الطلاق ٢٢٥٩. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٦٩. أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٦٣، ٤٩٢٦، ٥٢٩٠. الدارمى فى النكاح ٢٢٣١، ٢٢٣٢. عن ابن عمر. مسلم كتاب اللعان حديث ٨، عن ابن عمر.

(١) وفى رواية: «وانتقل». قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٩٩/٧: هكذا قال: وانتفل من ولدها، وأكثرهم يقولون: وانتفى من ولدها والمعنى واحد؛ وربما لم يذكر بعضهم فيه انتفى ولا انتفل، واقتصر على الفرقة بين المتلاعنين، وإلحاق الولد بأمه؛ فهذه فائدة حديث ابن عمر هذا.

حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن الحسين بن إسحاق الرازى، وأبو أحمد الحسين بن جعفر الزيات، قالا: حدثنا يوسف بن يزيد، قال: حدثنا سعيد بن منصور، حدثنا مالك، عن نافع،=

وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ.

الشرح: قوله: «**أن رجلاً لاعن امرأته فى زمان رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها**»، يحتمل معنيين، أحدهما: أن انتفاءه من ولدها كان سبب اللعان. والمعنى الثانى: أنه لاعنها بدعوى ادعاها من رؤية أو غيرها، فلاعن لذلك وانتفى من ولدها، فأما نفى الولد، فإن المذهب أنه يجب به اللعان، وإن عرا عن القذف. وقال الشافعى: لا يلاعن حتى يقترن به القذف.

والدليل على ما نقوله أن ضرورته إلى نفى الولد أشد من ضرورته إلى قذفها؛ لأن به حاجة إلى أن يزيل عن نفسه نسبًا ليس منه، وذلك يصح بنفى الولد أكثر مما يصح بالقذف، فإذا جاز له أن يلاعن بالقذف لحاجته إليه فلأن يلاعن لنفى الحمل وحاجته آكد أولى وأحرى.

=عن ابن عمر، قال: فرق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين، وألحق الولد بأمه. وقد قال قوم فى هذا الحديث، عن مالك أن الرجل قذف امرأته، وليس هذا فى الموطأ، ولا يعرف من مذاهبه.

حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا محمد بن عبدالله بن أحمد القاضى، حدثنا ابن الأعرابى، حدثنا إبراهيم بن راشد، حدثنا أبو عاصم بن مهجع خال مسدد، حدثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر أن رجلاً انتفى من ولده، وقذف امرأته، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بأمه.

وحدثنا خلف، حدثنا محمد بن عبدالله القاضى، حدثنا البغوى، حدثنا جدى، حدثنا يحيى بن أبى زائدة، والحسن بن سوار، قالا: حدثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رجلاً انتفى من ولده، وقذف امرأته فلاعن رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بأمه.

وأما قوله ففرق رسول الله ﷺ بينهما، فهو – عندى – محفوظ من حديث ابن عمر صحيح.

وقال ابن عيينة، عن ابن شهاب، عن سهل بن سعد، أن رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين، وأنكروه على ابن عيينة فى حديث ابن شهاب، عن سهل، وقد ذكرنا ذلك فى باب ابن شهاب، عن سهل بن سعد – من كتابنا هذا؛ وقد كان ابن معين يقول فى ذلك ما حدثنا به عبدالوارث ابن سفيان قال: سئل يحيى بن معين، عن حديث ابن عيينة، وأن النبى ﷺ فرق بينهما. فقال: أخطأ، ليس النبى ﷺ فرق بينهما. هكذا ذكره ابن أبى خيثمة فى التاريخ، عن ابن معين؛ فإن صح هذا – ولم يكن فيه وهم – فالوجه فيه أن يحمل كلام ابن معين على أن ليس النبى ﷺ فرق بينهما من حديث ابن شهاب، عن سهل بن سعد.

وأما ظاهر كلام ابن معين، فإنه يوجب أن النبى ﷺ لم يفرق بين المتلاعنين، وهذا خطأ من ابن معين – إن كان أراده؛ لأنه قد صح، عن ابن عمر من حديث مالك وغيره أن النبى ﷺ فرق بين المتلاعنين. وقد يحتمل أن يكون أراد بقوله: ليس النبى ﷺ فرق بينهما – أى أن اللعان فرق بينهما، فإن كان أراد هذا، فهو مذهب مالك وأكثر أهل العلم

مسألة: ونفى الولد يكون على وجهين، أحدهما: أن يظهر بها حمل فينفيه. والثانى: أن تلد ولدًا فينفيه، فأما ظهور الحمل، فإن الزوج إذا رآه، فإنه لا يخلو أن يقر به أو ينفيه أو يسكت، فإن أقر به لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك، فإن نفاه حد.

وأما إن نفاه بعد ذلك، فلا يخلو أن يدعى استبراء أو لا يدعيه، فإن ادعى استبراء، فلا خلاف أن له الملاعنة، وإن لم يدع استبراء، فهل يلاعن أو يحد، قال مالك فى كتاب الحمل: ليس له نفى الحمل، إلا أن يدعى الاستبراء، وهو فى العتبية من رواية أشهب عنه، وبه قال المخزومى وابن أبى ذئب.

قال فى المدونة: جل رواة مالك على مراعاة الاستبراء، وقد قال به ابن القاسم. قال ابن القاسم وابن نافع: يلاعن، وإن لم يدع الاستبراء، ورواه فى الموازية ابن القاسم، عن مالك.

وجه رواية أشهب أنه إذا لم يدع الاستبراء، لم يصح منه نفى الحمل لجواز أن يكون الولد ولده.

ووجه الرواية الثانية أن الملاعنة تصح منه بغير الاستبراء، ويدرأ عن نفسه الحد بذلك، ويحصل من نفى الولد مع ذلك ما هو أعلم به.

فرع: فإذا قلنا إنه يراعى الاستبراء، فكم يجزئ منه؟ المشهور من مذهب مالك: يجزئ منه حيضة واحدة، وروى عبد الملك عن مالك: ثلاثة أقراء.

وجه رواية ابن القاسم أن الاستبراء هاهنا، إنما يقصد به تحقق نفى الحمل، ووجود وجه يقتضيه، وذلك يحصل بالحيضة الواحدة كاستبراء الأمة؛ لأن هذا الاستبراء ليس بعدة، فيعتبر فيه عدد الأقراء.

ووجه الرواية الثانية أنه استبراء لحرة، فاعتبر فيه بعدد الأقراء كالعدة.

فرع: وإذا قلنا بنفى الاستبراء، فقال: قد كنت أطأ، ولا أدرى هل هو منى، فلاعن لما ادعاه من الزنا، فاختلف فى هذا قول مالك وأصحابه.

فروى ابن القاسم عن مالك فى الموازية أنه منفى باللعان، وإن كانت بينة الحمل، وهذا إغراق والذى أخذ به ابن القاسم أنها إن كانت بينة الحمل أو أتت به لأقل من ستة أشهر، فهو به لاحق، وإن كان لاعن على غير هذا، فهو منفى باللعان.

وقال عبد الملك وابن عبد الحكم وأشهب: إن لاعن برؤية ثم ظهر حمل فهو به لاحق ولا ينفيه إلا بلعان مدعى فيه استبراء.

مسألة: المشهور من المذهب أن الحامل تلاعن إذا نفى الزوج حملها. وقال عبد الملك، من أصحابنا: لا لعان بينهما، ولا قذف حتى تضع، إذ لعله لا حمل بها، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول قول الله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله**﴾ [النور: ٦] الآية، ولم يفرق بين حال الحمل وبعد الوضع.

ومن جهة المعنى أن كل نسب جاز إسقاطه باللعان بعد انفصال الولد، جاز إسقاطه قبله كالفراش.

ووجه الرواية الثانية ما احتج به عبد الملك من أنه لا يتيقن حملها، فينفيه ولا يتيقن زناها بالتعانه، إن نكلت لجواز أن لا يكون ثم حمل.

فرع: فإن قلنا برواية ابن القاسم، فتلاعنا، ثم انفش الحمل، لم يحد الزوج، ولم تحل له أبدًا، قاله ابن المواز.

وجه ذلك أن حكم اللعان قد ثبت بينهما، فلا يزول التحريم بما يتبين به الكذب كما لو أقر الزوج بالحمل.

فرع: ومن أنكر ولده بالعزل، لحق الولد به، وكذلك كل من وطئ فى موضع يمكن وصول الماء منه إلى الفرج، وكذلك الدبر، فإن الماء يخرج منه إلى الفرج، حكاه ابن المواز.

فأما العزل، فوجه صحيح؛ لأنه قد يسبقه من الماء ما لا يشعر به قبل العزل، فيكون منه الولد.

وأما لو وطئ فى غير الفرج، فإنه يبعد عندى أن يخلق منه ولد، ولو صح هذا لما جاز أن تحد امرأة ظهر بها حمل، ولا زوج لها ولا سيد؛ لجواز أن يكون ذلك من وطئ فى غير فرج، فلا يجب به رجم ولا حد، وإن وجبت به عقوبة أو يكون ما أنزله رجل من غير وطئها، فوصل إلى فرجها.

ولما أجمعوا على إقامة الحد عليها، اقتضى ذلك أن الماء الذى لا يخلو منه الولد إنما هو ما يخرج بعد التقاء الختانين، وأنه قد يلتقى الختانان قبل الافتضاض، والله أعلم.

مسألة: وأما إذا قذفها بزنا، وقال: قد وطئتها قبل ذلك، ولم استبرئها حتى رأيتها

تزنى، فهذا على رواية ابن القاسم: إذا لاعن للرؤية، ينتفى الولد، إلا أن تكون ظاهرة الحمل يوم ادعى الرؤية، وأتت به لأقل من ستة أشهر، فيلحق به، ويقتضى مذهب ابن الماجشون أنه يلاعن للرؤية، ودفع الحد عنه، ولا ينتفى بذلك الولد.

مسألة: وإنما له إنكار الحمل ونفيه حين علم به أو علم بالولادة، وأما إن علم بذلك، ثم أقام يومًا أو يومين لا ينكر، فلا إنكار له، قاله القاضى أبو محمد، إلا أن يكون له عذر فى ترك الإنكار.

وقال أبو حنيفة: له إنكاره بعد الوضع بيوم أو يومين، وإن لم ينفه حتى مضت سنة أو سنتان، ثم نفاه لاعن، ولحق به الولد، وبه قال الشافعى فى أحد قوليه.

والدليل على ما نقوله أنه قد أكذب نفسه بالإمساك عن الإنكار، وكذلك يجب أن يكون إذا ادعى رؤية قديمة، ثم قام الآن بها، أن لا يقبل قوله ويحد؛ لأن سكوته عن إنكار ذلك، والقيام به حين رآه دليل على كذبه ويحد، رواه ابن حبيب وابن المواز، عن ابن الماجشون.

مسألة: وأما نفى ولده، فهو أن يقدم من سفره، فيجد امرأته قد ولدت، أو ادعت ولدًا، فينفيه، وذلك على ضربين، أحدهما: أن يقول: لم تلديه، وليس بولدك. والثانى: أن يقول: ولدتيه، ولكن ليس منى.

فأما الأول، فإذا قال: لم تلديه جملة، وقالت هى: ولدته منك. قال ابن القاسم فى الموازية: هو منه إلا أن ينفيه بلعان. وقال أشهب: المرأة مصدقة، ولا لعان فيه، إلا أن يقصد نفى الولد منه، فيلاعن. قال ابن القاسم: فإن نكل بعد أن نفاه على هذا الوجه، ولم يلاعن، لم يحد.

مسألة: وأما إن قال: ولدتيه، وليس منى، فقد قال عيسى، عن ابن القاسم، فيمن غاب عن زوجته عشرة أعوام أو أكثر، ثم قدم، فوجدها قد ولدت أولادًا، فأنكرهم، وقالت هى: هم منه، كان يأتينى فى السر لم ينفهم إلا بلعان.

ووجه ذلك ما روى عنه ﷺ أنه قال: «الولد للفراش»(*)، فإذا كان الفراش له مع غيبته، فما ولد فيه لاحق به، ولازم له، ولا ينتفى من ولد فيه إلا بلعان.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٥٣، ٢٢١٨، ٢٤٢١. مسلم حديث رقم ١٤٥٧، ١٤٥٨. الترمذى حديث رقم ١١٥٧، ٢١٢٠، ٢١٢١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٨٢، ٣٤٨٣، ٣٤٨٤، ٣٤٨٥، ٣٤٨٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٧٣، ٢٢٧٤، ٢٢٧٥. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٠٤، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٧١٢. أحمد فى المسند حديث رقم ١٧٤، ٤١٨، ٤٦٩، ٥٠٤، ٨٢٢، ٦٦٤٣، ٦٨٩٤، ٧٢٢١، ٧٧٠٥، ٨٧٧٧، ١٧٦١٧. الدارمى حديث رقم ٢٢٣٥، ٢٢٣٦، ٣١٠٦.

فصل: وقوله: «**ففرق رسول الله ﷺ بينهما**»، لم يرد به أنه أوقع الفرقة بينهما، وإنما أراد به، والله أعلم، أنه أعلمهما بحكمهما، وأن حكم المتلاعنين انقطاع العصمة بينهما، وتأبيد التحريم.

ووجه ذلك ما روى فى حديث ابن عمر أنه ﷺ قال: «أحدهما كاذب، لا سبيل لك عليها»(*)، وهذا إخبار بمقتضى الشرع، ولأنه ليس هاهنا محكوم له، فيحكم بذلك عليهما؛ لأن حقوق الشرع فى التحليل والتحريم ثابتة بالشرع، ولا تفتقر إلى حكم حاكم كتحريم المصاهرة والرضاع.

فصل: وقوله: «**وألحق الولد بالمرأة**»، يريد أنه صرف نسبه إلى أمه؛ لأنه قبل ذلك كان ينتسب إلى أبيه، فلما منعه من أن ينتسب إلى أب، ونسبه إلى أمه كان ذلك وجهًا من إلحاقه بها؛ لأنه أقامها له فى الانتساب مقام الأب بعد أن لم تكن كذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ**﴾ [النور ٦، ٩].

الشرح: قول مالك: «**قال الله تبارك وتعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن﴾**»، إلى آخره، هذا يقتضى اختصاص هذا بالزوجات دون غيرهن، إذا لم يكن للأزواج شهداء بما يدعون على الزوجات من الزنا، وهذا يخرج الزوج عن أن يكون له حكم الشاهد.

ولو شهد بذلك عليها أربعة، أحدهم زوجها، لم تتم الشهادة، فكان على الزوج أن يلاعن، فإن تم اللعان بينهما، حد الثلاثة الأجنبيون، فإن أبى الزوج أن يلاعن، حد الزوج معهم. وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة الزوج، إن لم يتقدم له فيها قذف، وترجم المرأة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣١٢، ٥٣٥٠. مسلم حديث رقم ١٤٩٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٧٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٧٣.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم**﴾ الآية. وجه الدليل من الآية أنه استثنى الأزواج من الشهداء، فاقتضى أن لا يكونوا شهودًا.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه بينة فى الزنا، لم تتم إلا بالزوج، فلم يحكم بها كما لو تقدم القذف.

مسألة: ولو أقام بينة بزناها، فأقيم عليها الحد، كان له أن يلاعن، قاله مالك والشافعى؛ لأنه إذا أثبت زوجها الزنا لم ينتف نسب الولد، وإن لاعن الزوج، ونكلت المرأة، أقيم عليها الحد، إن كانت بكرًا بجلد مائة، وإن كانت ثيبًا بالرجم.

فصل: وقوله: «﴿**فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله**﴾»، الذى ذهب إليه أصحابنا أن ألفاظ اللعان أيمان. وقال أبو حنيفة: اللعان شهادة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين**﴾. فوجه الدليل من الآية أنه قرن بلفظ الشهادة قوله: ﴿**بالله إنه لمن الصادقين**﴾، وهذا معنى اليمين، فإن اليمين قد يقال فيها أشهد بالله، لقد كان كذا وكذا. والثانى: أنه أقسم على فعله، والشاهد لا يشهد على فعله.

ووجه ثالث، أنه لا خلاف أن يدفع به عن نفسه الحد عندنا، والحبس عند أبى حنيفة وهو عنده عذاب، وهذا حكم اليمين، فأما الشهادة، فلا يصح أن تقبل شهادة الأنساب ليدفع بها عن نفسه ضررًا.

ومما يدل على ذلك ما روى عن عكرمة، عن ابن عباس، رضى الله عنهم: أن رسول الله ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وزوجته، ثم ولدت على شبه الذى قذفت به، فقال النبى ﷺ: «لولا الأيمان؛ لكان له ولها شأن».

ودليل آخر، وهو ما روى نافع، عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ فرق بينهما.

وفائدة الخلاف فى هذه المسألة، أن اللعان يصح من الفاسق والأعمى، والشهادة لا تصح من الفاسق، ولا تصح عند أبى حنيفة من الأعمى.

مسألة: ويبدأ الرجل باللعان لقول الله تعالى: ﴿**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله**﴾ [النور: ٦] الآية، فبدأ بلعان الزوج.

ومن جهة السنة ما روى محمد بن سيرين، عن أنس بن مالك أنه قال: أول لعان كان فى الإسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن سحماء بامرأته، فأتى النبى ﷺ فأخبره، فقال له النبى ﷺ: «البينة وإلا حد فى ظهرك»، فردده عليه مرارًا، فقال هلال بن أمية: والله يا رسول الله، إن الله يعلم إنى لصادق، ولينزلن الله عليك ما يبرئ ظهرى من الجلد. فبينما هم على ذلك، إذ نزلت آية اللعان: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ الآية، فدعا هلالاً، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم دعيت المرأة، فشهدت على نفسها أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين، الحديث(*).

ومن جهة المعنى أن الزوج بدأ بالقذف، فلزم أن يبدأ باللعان.

فرع: فإن بدأت المرأة باللعان، فهل تعيده بعد التعان الزوج، الذى ذكره القاضى أبو محمد عن المذهب: أنها لا تعتد بما تقدم من لعانها قبل الزوج، وتعيد اللعان، وهذا الذى ذكره هو قول أشهب، والذى حكاه ابن المواز، عن ابن القاسم: أنها لا تعيد اللعان، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول ما احتج به القاضى أبو محمد من قول الله تعالى: ﴿**ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله**﴾ [النور: ٨]، وهذا يجب أن يكون بعد أن حق عليها العذاب، وذلك لا يكون إلا بالتعان الزوج. واحتج لذلك أشهب أن هذا بمنزلة الحقوق، فلو بدأ الطالب باليمين، لم يجزه ذلك إلا بعد نكول المطلوب.

ووجه رواية ابن القاسم أن هذا لعان من أحد الزوجين، فيصح أن يقع أولاً كلعان الزوج.

مسألة: وإذا قذف امرأته، ثم أنكر القذف، فلما أقامت بذلك عليه بينة ادعى رؤية الزنا، فإن له اللعان بخلاف الحقوق، وله أن يقول: أردت التستر، رواه أصبغ، عن ابن القاسم فى الموازية.

مسألة: وإذا قذف الزوج امرأته، فعليه الحد، وإنما له أن يسقطه باللعان. وقال أبو حنيفة: لا حد عليه، ولكن يحبس حتى يلتعن.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**والذين يرمون المحصنات، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة**﴾ [النور: ٤].

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٧١، ٤٧٤٧. الترمذى حديث رقم ٣١٧٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٦٩. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٦٧.

ومن جهة السنة، حديث أنس المتقدم، أن رسول الله ﷺ قال لهلال بن أمية: «البينة، وإلا حد في ظهرك».

ومن جهة المعنى أنه قاذف حرة عفيفة، فثبت في حقه الحد كالأجنبية، ولو التعن بعض اللعان، فبقي منه أقله، فقالت المرأة: قد عفوت عنك، ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: إن ترك الالتعان، فلا حد عليه، ويلحق به الولد، وكذلك لو لم تعف المرأة، ولكن أقرت، ثم رجعت، فاعتذرت بما تعذر به لم يحد واحد منهما، وألحق به الولد.

مسألة: فإذا التعن الرجل، وسقط عنه الحد، فإنه يتعلق بلعانه أحكام منها سقوط الحد عنه، وتوجيهه على المرأة، وانتفاء الولد، إن كان اللعان يتضمن ذلك، وقال أبو حنيفة: لا شيء من ذلك، وإنما تحبس إن امتنعت من اللعان.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين**﴾ [النور: ٨]، وهذا يقتضي أنه قد توجه إليها بلعان الزوج عذاب، وهو الحد، فإن لها أن تدرأه عن نفسها باللعان.

ودليلنا من جهة المعنى أنه معنى يخرج به القاذف من قذفه، فتوجه إلى المقذوف به الحد. أصل ذلك السنة.

فرع: وإن تمادت على الامتناع من اللعان، أنفذ عليها الرجم أو الجلد، على ما تقدم، فإن رجعت، ففي كتاب محمد: تعود إلى اللعان، فإن نكل الزوج لحق به، ولا يحد؛ لأنها مقرة بذلك بنكولها.

وإن رجعت بعد ذلك إلى اللعان، فإن حكم النكول باق في إسقاط الحد عن الزوج، ورأيت مثل هذا لأبي علي بن خلدون وأبي بكر بن عبد الرحمن القرويين، وقاسا على طريقتهم: له أن يرجع.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندي أن في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم هذا المعنى بعينه، ورأيت للشيخ أبي عمران ولأبي القاسم بن الكاتب: يمضي عليها، وليس لها الرجوع إلى اللعان.

قال أبو القاسم: لأنها إذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج، فقد صدقته، وتحقيق ذلك حق للزوج، فليس لها الرجوع عنه كما ليس لها الرجوع عن إقرار بحق لخصم يطلبه.

مسألة: وصفة اللعان، قال مالك: يقول أشهد بالله، وهو اختيار ابن القاسم، وقال أيضًا مالك: أشهد بعلم الله. قال ابن القاسم: ويقول فى الرواية: أشهد بالله إنى لمن الصادقين، لرأيتها تزنى، يقوله فى كل مرة.

قال أصبغ: ويقول كالمرود فى المكحلة، ثم يقول: لعنة الله عليه فى الخامسة، إن كان من الكاذبين، ثم تقول هى: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، ما رآنى أزنى، ثم تخمس بالغضب. قال ابن القاسم: ويقول فى نفى الحمل: أشهد بالله إنى لمن الصادقين، ما هذا الحمل منى.

قال أصبغ: وأحب إلىّ أن يزيد فى كل مرة، ولزنت. وقال ابن القاسم: وتقول هى: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وما زنيت. قال أصبغ: وأحب إلىّ أن تزيد فى كل مرة: وإنه لمنه، ثم تخمس بالغضب.

قال أصبغ: فإن قال هو فى الخامسة مكان، إن كنت من الكاذبين: إن كنت كذبتها، أجزأه. ولو قالت المرأة فى الخامسة مكان، إن كان من الصادقين: إنه لمن الكاذبين، أجزأها، وأحب إلىّ لفظ القرآن.

وفى كتاب محمد، عن ابن وهب: يقول هو فى الأربعة: أشهد بالله إنى لمن الصادقين، وفى الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. وتقول هى: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وفى الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

فكأن أصبغ أشار إلى أن لفظ اللعان غير متعين، وأن لهما أن يأتيا بأى لفظ شاءا، أى، ورأى الإمام إذا كان موافقًا للمعنى، إلا أن لفظ القرآن أفضل، والله أعلم. وظاهر قول ابن وهب أن لفظه متعين بلفظ القرآن، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُتَلاعِنَيْنِ لا يَتَنَاكَحَانِ أَبَدًا، وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ، جُلِدَ الْحَدَّ، وَأُلْحِقَ بِهِ الْوَلَدُ، وَلَمْ تَرْجِعْ إِلَيْهِ أَبَدًا، وَعَلَى هَذَا السُّنَّةُ عِنْدَنَا الَّتِى لا شَكَّ فِيهَا وَلا اخْتِلافَ.

الشرح: قال مالك، رحمه الله: «**السنة عندنا**»، يريد ما رسم عندهم، وأثبت حكم المتلاعنين، «**أن لا يتناكحا أبدًا**»؛ لأن تحريم اللعان مؤبد. وقد قال القاضى أبو الحسن: فرقة المتلاعنين فسخ. وفائدة ذلك أن التحريم مؤبد، ولو كان طلاقًا لم يتأبد، وإنما يتأبد تحريم الفسخ كالرضاع.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندى ليس بالبين، وذلك أن الفسخ لا يتأبد لنفسه، فقد يفسخ النكاح الفاسد، ثم يتناكحا بعد، وإنما يتأبد التحريم أو لا يتأبد لموجبه الذى أوجب تأبيد التحريم فى الرضاع، للرضاع نفسه دون الفسخ؛ لأنه لو وجد الرضاع قبل الفسخ لتأبد التحريم. وهذا حكم اللعان الذى هو موجب للتحريم المؤبد.

والأصل فى ذلك ما روى سعيد بن جبير: سألت ابن عمر عن حديث المتلاعنين، فقال: قال النبى ﷺ: «أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها»(*)، وهذا يقتضى التأبيد فيحمل عليه، وإنما حكمنا بكونه فسخًا؛ لأنهما مغلوبان على الفرقة من غير إيقاع موقع، والطلاق لا يكون إلا بإيقاع مطلق.

ووجه ثان، أنهما مغلوبان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح، فوجب أن يكون فسخًا؛ لأن الطلاق لا يغلبان على إيقاعه إلا لفساد فى العقد على أحد القولين، وعلى القول الآخر، فلا يغلبان عليه، وما غلب عليه، فهو فسخ بكل وجه.

فصل: وقوله: «**وإن أكذب نفسه، جلد الحد**»، ومعنى ذلك أنه أكذب نفسه، وأبطل ما كان له من اللعان، وصار قذفه لها ظلمًا، فوجب عليه الحد، فإن قذفها ثانيًا بعد أن حد لها، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: يحد إلا أن يلاعن. وقال عبد الملك: يحد، ولا يلاعن.

فقول ابن القاسم، مبنى على أن له الرجوع إلى اللعان بعد تقرير الحد عليه. وقول عبد الملك، مبنى على أنه ليس له ذلك.

فصل: وقوله: «**يلحق به الولد**»، معنى ذلك أن الولد لاحق به إذا أكذب نفسه، سواء كان ذلك قبل اللعان أو بعده، فإن كان قبل أن يلاعن الزوج حد، ولم يكن له أن يلاعن، وإن كان بعد أن يلاعن هو، وقبل أن تلاعن هى، جلد الحد، وسقط عنها اللعان، ويلحق به الولد على كل حال.

وروى عيسى، عن ابن القاسم فى العتبية: يرجع عليه بنفقة الحمل، وأجر الرضاع، ونفقتها بعد ذلك إن كان فى تلك المدة مليًّا.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣١٢، ٥٣٥٠. مسلم حديث رقم ١٤٩٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٧٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٧٣.

فصل: وقوله: «**ولم يرجع عليه أبدًا**»، يريد أن إكذابه نفسه بعد اللعان، لا يرفع التحريم الواقع بينهما باللعان، ولا يخلو أن يكذب نفسه قبل إتمام اللعان أو بعده.

فإن أكذب نفسه قبل إتمام اللعان، وقد بقى شىء من لعانها، قال مالك: يحد وهما على نكاحهما.

وجه ذلك أن اللعان لم يتم بعد، فهما على حكم الزوجية بينهما بتمام اللعان، وإنما تنفصم الزوجية بينهما بتمام اللعان، فمتى كمل اللعان بينهما، فقد بانت منه، وتأبد تحريمها، فلا تحل له أبدًا، وإن أكذب نفسه. وقال أبو حنيفة: يرتفع التحريم، ويجوز له أن يتزوجها.

والدليل على ما نقوله حديث ابن عمر المتقدم، أن رسول الله ﷺ قال للزوج من المتلاعنين: «لا سبيل لك عليها».

ودليلنا من جهة القياس أنه تحريم لا يرتفع بزوج وإصابة، فكان مؤبدًا كتحريم الرضاع.

قَالَ مَالِك: وَإِذَا فَارَقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طلاقًا بائنًا، لَيْسَ لَهُ عَلَيْهَا فِيهِ رَجْعَةٌ، ثُمَّ أَنْكَرَ حَمْلَهَا، لاعَنَهَا إِذَا كَانَتْ حَامِلا، وَكَانَ حَمْلُهَا يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ إِذَا ادَّعَتْهُ مَا لَمْ يَأْتِ دُونَ ذَلِكَ مِنَ الزَّمَانِ الَّذِى يُشَكُّ فِيهِ، فَلا يُعْرَفُ أَنَّهُ مِنْهُ. قَالَ: فَهَذَا الأَمْرُ عِنْدَنَا وَالَّذِى سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ.

قَالَ مَالِك: وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بَعْدَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا، وَهِىَ حَامِلٌ يُقِرُّ بِحَمْلِهَا، ثُمَّ يَزْعُمُ أَنَّهُ رَآهَا تَزْنِى قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهَا، جُلِدَ الْحَدَّ، وَلَمْ يُلاعِنْهَا، وَإِنْ أَنْكَرَ حَمْلَهَا بَعْدَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا لاعَنَهَا. قَالَ: وَهَذَا الَّذِى سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المطلق لزوجته طلاقًا بائنًا، لا يخلو أن يكون بها حمل ظاهر أو لا يكون بها حمل، فإن كان بها حمل ظاهر، فأنكره، فإن له أن ينفيه باللعان خلافًا لأبى حنيفة؛ لأنه لا يحتاج أن ينفى عن نفسه نسبًا ليس منه كما لو لم يطلق.

ولا يخلو أن يكون نفى الحمل وادعى رؤية زنا أو لم يدع ذلك، فإن ادعى رؤية الزنا، لم يخل أن يدعى الاستبراء أو لا يدعيه.

فإن ادعى الاستبراء والرؤية ونفى الحمل، فالظاهر من المذهب أنه ملاعن، وإن لم

يدع استبراء، وادعى رؤية ونفى الحمل، ففى الموازية فى الذى يطلق طلاقًا بائنًا، وقال: رأيتها تزنى، يريد نفى ما تأتى به من حمل، فإنه لا يلاعن إن لم يدع استبراء، وإن لم يدع رؤية وادعى استبراء، فإنه يلاعن.

وروى أبو الفرج، عن مالك: أنه إن نفى حملها فى العدة لاعن، ولم يحد على الطلاق، وقد شرط فى موضع آخر، ادعاء الاستبراء.

مسألة: فإن لم ينف الحمل، وقذفها فى العدة من الطلاق البائن، فقد روى أبو الفرج: أنه يحد ولا يلاعن.

ووجه ذلك أنه لا فائدة فى هذا الوقت فى قذفها؛ لأنها أجنبية منه لا ينفى حملها، فإذا لم ينفه به، فلا حاجة إلى هذا القذف، فلزمه الحد.

مسألة: وإن لم يكن بها حمل، وقال فى عدتها من الطلاق البائن: رأيتها تزنى، فقد قال ابن القاسم، ورواه ابن وهب: يلاعن، وحكاه القاضى أبو محمد خلافًا للشافعى فى قوله: لا يلاعن إلا أن تكون حاملاً.

واحتج على ذلك بأنه قذفها بوطء يحتاج إلى نفى نسبه عنه؛ لأنه إن لم ينفه، لحقه به كالذى لم يطلق. وقال ابن المواز: يحد ولا يلاعن. وقال المغيرة: لا يحد ولا يلاعن، واختاره سحنون.

مسألة: وهذا إذا ادعى أنه رآها تزنى فى العدة، فإن قال: رأيتها تزنى قبل الطلاق البائن، ففى كتاب أبى الفرج: يحد، إلا أن يظهر بها حمل قبل أن يحد، فينفيه، ويدعى الاستبراء، فيلاعن، قال ابن المواز: أحب إلىَّ أن ينظر، فإن تبين أن لا حمل بها حد لها، وإن ظهر بها حمل لاعن؛ لأنه ممن لا لعان له فى الرؤية.

ووجه ذلك أن الطلاق ليس فيه إقرار بالسلامة من الزنا، غير أن هذا مبنى على ما قاله ابن المواز أن المطلق بائنًا، لا يلاعن إلا لنفى الحمل، ولا يلاعن للرؤية؛ لأنها ليست بزوجة، وقد تقدم من قول أصحابنا ابن القاسم وغيره أنه يلاعن، ولا يحد.

والخلاف بين أبى الفرج وابن المواز فى تأخر الحد بعد القذف، فأبو الفرج يذهب إلى أنه لا يؤخر؛ لأنه من ثبت عليه القذف، وادعى المخرج، لا يمهل ويعجل الحد.

وابن المواز يذهب إلى تأخير الحد للزنا على الزوج بخلاف الأجنبى لحاجة الزوج إلى ذلك دون الأجنبى، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله: **«وكان حملها يشبه أن يكون منه»**، يريد أن تأتى به لأمد الحمل، وذلك أن المطلقة لابد أن تأتى بالولد قبل أن تحيض أو بعد الحيض، فإن أتت به قبل الحيض لأكثر أمد الحمل، فهو لاحق بالزوج، إلا أن ينفيه بلعان.

وأكثر أمد الحمل، اختلف فيه قول المالكيين، فقال العراقيون منهم: أربعة أعوام، وبه قال أصبغ والشافعى، وقاله ابن القاسم وسحنون. وقال ابن وهب وأشهب: سبع سنين. وقال أبو حنيفة: أكثر الحمل سنتان.

مسألة: وإن حاضت، ثم أتت بولد لمثل هذه المدة، فقد قال ابن القاسم: يلحق به، وإن حاضت ثلاث حيض، وقد تحيض المرأة على الحمل.

قال ابن القاسم: ولو علم أنها حائض حيضًا مستقيمًا، وتيقن ذلك، وعرفه النساء لرأيتها زانية، ويسقط نسب الولد عن الميت والحى، ولكن لا يحاط بمعرفته. قال أصبغ: ليس هذا بقول، ولو عرف ذلك لم يوجب زنى، ولا حدًّا، وهو شبهة والولد لاحق، إلا أن يلاعن المطلق.

فصل: وقوله: **«يشبه أن يكون منه ما ادعته»**، يريد أن ينسب ذلك إليه، ويقول: إنه منه؛ لأنها إذا لم تقل: إنه منه، ولم ينسبه إليه، لم يحتج هو إلى لعان إلا لنفى النسب؛ لأنها قد صدقته فى القذف.

فصل: وقوله: **«ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذى يشك فيه، فلا يعرف أنه منه»**، يريد، والله أعلم، أنه يأتى من طول الزمان ما يزيد على أكثر أمد الحمل، على ما تقدم من الخلاف فى ذلك، فشك حينئذ أنه منه شكًا يمنع إلحاقه به أولى من نفيه عنه، وأما فى مدة الحمل، فهذا الشك معدوم، وبل الظاهر منعه لثبوت حق الفراش له.

قَالَ مَالِك: وَالْعَبْدُ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ فِى قَذْفِهِ وَلِعَانِهِ، يَجْرِى مَجْرَى الْحُرِّ فِى مُلاعَنَتِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى مَنْ قَذَفَ مَمْلُوكَةً حَدٌّ.

قَالَ مَالِك: وَالأَمَةُ الْمُسْلِمَةُ وَالْحُرَّةُ النَّصْرَانِيَّةُ وَالْيَهُودِيَّةُ تُلاعِنُ الْحُرَّ الْمُسْلِمَ إِذَا تَزَوَّجَ إِحْدَاهُنَّ، فَأَصَابَهَا، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِى كِتَابِهِ: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ**﴾ [النور: ٦] فَهُنَّ مِنَ الأَزْوَاجِ. قال: وَعَلَى ذلك الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: **«والعبد بمنزلة الحر فى قذفه ولعانه لها، حكمه فى ذلك حكم الحر»**.

وروى فى العتبية أشهب عن مالك: أن لعان العبد كالحر فى الحرة، والأمة تشهد أربع مرات، وتخمس بالغضب، وإن أكذب نفسه، حد للحرة أربعين، ولا يحد للأمة.

فصل: وقوله: «**غير أنه ليس على من قذف مملوكة حد**»، يريد سواء كان القاذف عبدًا أو حرًا، فهذا اللفظ، وإن كان بلفظ الاستثناء، فمعناه العطف على ما مضى والتفسير له؛ لأنه لا يخرج من اللفظ الأول ما لولاه لدخل فيه، وإنما بين أن حكم العبد حكم الحر فى قذف الأمة.

مسألة: وهذا حكم كل من لا يحد قاذفها من الكتابيات، فإن الزوج لا يجب عليه الحد بقذفها، فإن قذفها برؤية كان له أن يمسك عن اللعان.

فإذا أراد أن يلاعن لئلا يكون مما ادعاه من الوطء، ولد يلحق به نسبه أو ليلحق قوله، فله ذلك، وكذلك إن نفى حملها، فإنما يلاعن لينفى عن نفسه ذلك الحمل، وإن لم يلاعن، فلا حد عليه.

فإن لاعن، لزم الأمة أن تلاعن لتدفع عن نفسها الحد؛ لأنه قد حق عليها القذف بلعانه، ويجب عليها الحد. وأما الكتابية، فلا يلزمها ذلك بالتعان الزوج، ولها أن تلتعن الزوج، ولها أن تلتعن لتدرأ عن نفسها عار ما قد قذفت به، وتقطع عصمة الزوج عنها.

قال مطرف، عن مالك: إذا لاعن الزوج، ردت إلى أهل دينها إن نكلت عن اللعان، فإن لم تلتعن، فقد روى ابن سحنون، عن أبيه: هما على الزوجية، فإن التعنت وقعت الفرقة.

فصل: «**والأمة المسلمة والحرة اليهودية، تلاعن الحر المسلم**»، خص الأمة بالإسلام؛ لأنه لا يجوز أن يتزوج المسلم أمة كتابية. وأما الحرة الكتابية، فيجوز له ذلك، ولذلك عدل عن ذكر الأمة الكتابية إلى ذكر الحرة، فلكل واحدة من هؤلاء أن تلاعن الحر المسلم إذا تزوج إحداهن.

وقوله: «**فأصابها**»، ليست الإصابة شرطًا فى صحة اللعان، ولا وجوبه. وقد قال مالك: من تزوج امرأة، فلم يبن بها، ولم يخل بها، حتى أتت بولد، فأنكره، أنه يلاعن إذا قالت: إنه يغشاها، وأمكن ما قالت.

قال سحنون: معناه أن يمكن إتيانه إليها، وأتت به لستة أشهر فأكثر من يوم عقد النكاح، ومن يوم إمكانه إتيانها.

ووجه ذلك أن الفراش قد ثبت له بعقد النكاح، فلا ينفى الولد إلا باللعان.

فصل: وقوله: «**وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾، فهن الأزواج**»، تعلق بالعموم؛ لأن الزوجة الأمة أو الكتابية داخلة تحت قوله تعالى: **﴿يرمون أزواجهم﴾**.

فلما لم يفرق بين الحرة والأمة والمسلمة وغيرها، حمل ذلك على كل زوجة إلا ما خصه الدليل، ولو أن الصغير يقذف زوجته الكبيرة برؤية زنى، لم يكن عليه لعان؛ لأنه لو قذف أجنبية، لم يحد؛ لأنها لو أتت بولد لم يلحق به، فلا حاجة إلى الملاعنة.

قَالَ مَالِك: وَالْعَبْدُ إِذَا تَزَوَّجَ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ أَوِ الأَمَةَ الْمُسْلِمَةَ أَوِ الْحُرَّةَ النَّصْرَانِيَّةَ أَوِ الْيَهُودِيَّةَ، لاعَنَهَا.

الشرح: قوله: «**إن العبد إذا تزوج الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها**»، يريد أن له أن يلاعن فى جميعهن لينفى عن نفسه حملاً ظهر بها، أو إن قذف برؤية، فليدفع عن نفسه النسب الذى تتوقعه مما ادعاه من الرؤية.

وأما فى الحرة المسلمة، فيحتاج إلى ذلك أيضًا، ليدفع عن نفسه الحد الواجب عليه بقذفها، وإن لم يلاعن. وأما فى الأمة أو الكتابية الحرة، فلا يلاعن إلا لما ذكره من دفع النسب دون دفع الحد؛ لأنه لا حد عليه بقذفهن.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يُلاعِنُ امْرَأَتَهُ، فَيَنْزِعُ، وَيُكَذِّبُ نَفْسَهُ بَعْدَ يَمِينٍ أَوْ يَمِينَيْنِ مَا لَمْ يَلْتَعِنْ فِى الْخَامِسَةِ: إِنَّهُ إِذَا نَزَعَ قَبْلَ أَنْ يَلْتَعِنَ، جُلِدَ الْحَدَّ، وَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا.

الشرح: قوله، رحمه الله: «**إن من لاعن امرأته، ثم نزع، وأكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن فى الخامسة جلد الحد، ولم يفرق بينهما**»، أورد من المسألة بعضها، والمتفق عليه منها، وهو أنه إذا أكذب نفسه قبل الخامسة الواقعة منه، فإنهما على نكاحهما، وإن كان هذا عنده حكم إكذابه نفسه قبل أن تأتى هى بالخامسة، وهذا المشهور من قول مالك وأصحابه.

وفى العتبية، قال سحنون: وإذا لاعن الزوج من نفى حمل، ونكلت هى، وأخر رجمها حتى تضع، ثم أكذب الزوج نفسه قبل أن تضع وبعد أن نكلت، فإن لعانه قاطع لعصمته، ولا ميراث بينهما، وترجم إذا وضعت. وأنكر أبو بكر بن محمد هذه المسألة.

وأما من رد الفعل إليها، فقال: بعد يمين أو يمينين، يريد من أيمانها، وقبل أن تأتى هى بالخامسة، فهو على ظاهر المذهب؛ لأن مذهب مالك أنه إذا أكذب نفسه قبل تمام لعانها، أن الزوجية باقية بينهما، وإنما تقع الفرقة، وتتأبد بتمام لعانها. وأما الحد، فلا يختلف حكمه متى وقع تكذيبه نفسه، وكذلك استحقاق الولد.

مسألة: وأما تكذيبه نفسه، فإنه على وجهين، أحدهما: أن يقول إنه كاذب فى قذفها على أى وجه وقع. والثانى: أن يستلحق الولد، فهذا يكون قريبًا، إن كان قذفه بنفى الولد.

وأما إن كان قذفه إياها بادعاء رؤية الزنى، ولاعن على ذلك، ثم أقر بالولد، فقال محمد بن المواز: لا يحد، وكذلك لو لاعن على الرؤية، وإنكار الولد، جاز، وإن كان على نفى الولد خاصة، فإنه يحد، ويلحق الولد به.

وجه من قاله فيمن لاعن على الرؤية، ثم أقر بالولد، أنه ليس فى إقراره بالولد تكذيب لما لاعن عليه.

ووجه قوله فيمن لاعن على الأمرين، لا يحد، أنه إذا أكذب نفسه فى نفى الولد بقى لعانه محلاً للتصديق، وهو رؤية الزنا، فلا حد عليه حتى يكذب جميع ما لاعن عليه، والله أعلم. ولو لم يتقدم لعانه، فادعى الرؤية، ونفى الولد، ثم أقر بالولد، لحد، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ، فَإِذَا مَضَتِ الثَّلاثَةُ الأشْهُرِ، قَالَتِ الْمَرْأَةُ: أَنَا حَامِلٌ، قَالَ: إِنْ أَنْكَرَ زَوْجُهَا حَمْلَهَا، لاعَنَهَا.

الشرح: قوله، رحمه الله: **«فيمن طلق امرأته ثم نفى حملها أنه يلاعن»**، يريد أن المرأة إذا طلقها الزوج، ثم أتت بولد لما يلد له النساء، لحق الزوج سواء أتت به فى العدة أو بعدها إلا أن ينفيه الزوج، فيلاعن.

فصل: وقوله: **«فإذا مضت الثلاثة الأشهر، قالت المرأة: أنا حامل»**، خص الثلاثة الأشهر بذلك؛ لأنها أول المدة التى تحس المرأة فيها بالحمل، ولذلك يختص بها حكم العدة دون ما قصر عن ذلك.

فصل: وقوله: **«إذا قالت المرأة: إنى حامل، لاعن، إن أنكر الحمل»**، ظاهره يقتضى تعلق هذا الحكم بمجرد قولها دون ظهور الحمل. ومعنى ذلك عندى أنه إن أنكر حملها حين ادعت الحمل، ثبت له حكم الإنكار، وكان له أن يلاعن إذا ظهر الحمل.

وإذا ولدت على حسب ما تقدم من الاختلاف فى ذلك، وإن لم تنف الحمل حين ادعائها إياه، ثبت له حكم الإقرار به، ولم يكن له أن يلاعن بعد ذلك لظهور حمل، ولا لولادة.

قَالَ مَالِك فِي الأمَةِ الْمَمْلُوكَةِ يُلاعِنُهَا زَوْجُهَا ثُـمَّ يَشْتَرِيهَا: إِنَّـهُ لا يَطَؤُهَـا، وَإِنْ مَلَكَهَا، وَذَلِكَ أَنَّ السُّنَّةَ مَضَتْ أَنَّ الْمُتَلاعِنَيْنِ لا يَتَرَاجَعَانِ أَبَدًا.

الشرح: قوله، رحمه الله: «**فى الأمة المملوكة يلاعنها زوجها، ثم يشتريها أنه لا يطؤها**»، يريد أن كمال اللعان بينهما قد أبد تحريم الوطء، وما لا يستباح وطؤه بالزوجية، لا يستباح بملك اليمين كذوات المحارم، والنكاح أبلغ فى إباحة الوطء من ملك اليمين؛ لأن مقصود النكاح الوطء، وليس مقصود الملك الوطء.

ولذلك لا يجوز له أن يتزوج من لا يستبيح وطأها، ولا يجوز له أن يبقى على زوجته الملاعنة، ويجوز له أن يملك من لا يستبيح وطأها، ويجوز له أن يملك التى قد لاعنها، فإذا لم يستبح وطء الملاعنة بالنكاح الذى مقصوده الوطء، فبأن لا يستبيح ذلك بملك اليمين أولى وأحرى.

مسألة: وقوله، رحمه الله: «**وذلك أن السنة مضت أن المتلاعنين لا يتناكحان أبدًا**»، لعله يريد بالسنة ما روى عن النبى ﷺ أنه قال للملاعن: «لا سبيل لك عليها».

ويحتمل أن يريد ما مضى من العمل فى ذلك فى زمان النبى ﷺ إلى هلم جرا فى كل زمان ومكان، أن كل متلاعنين تثبت الفرقة بينهما، ولا خلاف فى ذلك مع بقاء الزوجة على قذفه، وإنما الخلاف بعد تكذيبه لنفسه، وفى مسألتنا يحتمل أن يريد مع بقائه على حكم القذف.

قَالَ مَالِك: إِذَا لاعَنَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَلَيْسَ لَهَا إِلا نِصْفُ الصَّدَاقِ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «**أن من لاعن قبل البناء**»، لا يخلو أن يكون لرؤية أو نفى حمل، فإن كان لرؤية كان له أن يلاعن، وإن كان لنفى حمل، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر، فلا شىء لها من الصداق، ولا يحرم عليه نكاحها بالتلاعن؛ لأنها غير زوجة، وإن أتت به لستة أشهر لحق، إلا أن تلاعن، وهل يلاعن قبل الولادة؛ اختلف أصحابنا فيه على ما تقدم.

فصل: وإن قال الزوج: تزوجت منذ خمسة أشهر، وقالت هى: تزوجت منذ أكثر من ستة أشهر، وبها حمل، فلابد من اللعان، قاله ابن القاسم وابن وهب.

ووجه ذلك أنه لا يقطع بأنه ليس من الزوج، فلا ينفيه إلا بلعان، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**إن لها نصف الصداق**»، على ما قال؛ لأن الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لا يعلم به صدقه كالإعسار بالنفقة. وحكى الشيخ أبو القاسم فى تفريعه أنه لا شىء لها من الصداق. ووجه ذلك أنه فسخ قبل البناء.

مسألة: ولا سكنى لها ولا متعة؛ لأن الفرقة وقعت قبل البناء، وما تدعيه من الوطء لا يوجب لها تكميل الصداق ولا السكنى، مع إنكار الزوج كالنصف الثانى من الصداق، والله أعلم.

* * *

ميراث ولد الملاعنة

١١٧٧ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقُولُ فِي وَلَدِ الْمُلاعَنَةِ وَوَلَدِ الزِّنَا: إِنَّهُ إِذَا مَاتَ وَرِثَتْهُ أُمُّهُ حَقَّهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِخْوَتُهُ لأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ، وَيَرِثُ الْبَقِيَّةَ مَوَالِي أُمِّهِ إِنْ كَانَتْ مَوْلاةً، وَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً، وَرِثَتْ حَقَّهَا، وَوَرِثَ إِخْوَتُهُ لأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ، وَكَانَ مَا بَقِيَ لِلْمُسْلِمِينَ.

قَالَ مَالِك: وَبَلَغَنِي عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلُ ذَلِك.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ أَدْرَكْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا.

الشرح: قوله، رحمه الله: «**أن ولد الملاعنة وولد الزنا ترث أمه وإخوته لأمه حقوقهم منه**»، وذلك أنه لا يبطل نسبه من جهة أمه؛ لأنه يحتاج فى إلحاقه بها إلى عقد نكاح، فلذلك لا ينتفى عنها بلعان ولا إقرار بزنا، ولا تحققه.

وإنما ينتفى عن الأب؛ لأنه لا يلحق به إلا بعد نكاح أو ملك يمين، فلذلك صح انتفاؤه منه، وإذا كان أصل التوارث من جهة الأب، لبطل كل ميراث بسببه، ولما ثبت ميراث الأم مع اللعان والزنا، ثبت كل ميراث بسببها.

فصل: وقوله، رحمه الله: «**فى كتاب الله**»، يقتضى أن عموم آيات التوارث يتناولهم

١١٧٧ - انفرد به مالك.

من قوله تعالى: ﴿**فإن كان له إخوة فلأمه السدس**﴾ [النساء: ١١]، وقوله تعالى: ﴿**وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث**﴾ [النساء: ١٢].

فصل: وقوله، رحمه الله تعالى: «**وورث البقية موالى أمه إن كانت مولاة، وإن كانت عربية، فبيت مال المسلمين**»، يريد أنها إذا كانت مولاة وورث بالولاء كل من تلده، فموالى أمه موالى كل من تلده.

وإذا لم يكن من جهة الأم من يرث إلا الأم والإخوة للأم، ولا يحيطون بالميراث، فالباقى موروث بالولاء، وإن كانت عربية، فلبيت المسلمين؛ لأنه ليس من جهة الأبوة من يستحق ما فضل عن الفروض، ولا تورث بالولاء، والله أعلم.

* * *

طلاق البكر

١١٧٨ – مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ ثَوْبَانَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِيَاسِ بْنِ الْبُكَيْرِ أَنَّهُ قَالَ: طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ ثَلاثًا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا، فَجَاءَ يَسْتَفْتِي فَذَهَبْتُ مَعَهُ أَسْأَلُ لَهُ، فَسَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَأَبَا هُرَيْرَةَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالا: لا نَرَى أَنْ تَنْكِحَهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَكَ، قَالَ: فَإِنَّمَا طَلاقِي إِيَّاهَا وَاحِدَةٌ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنَّكَ أَرْسَلْتَ مِنْ يَدِكَ مَا كَانَ لَكَ مِنْ فَضْلٍ.

الشرح: قول أبى هريرة وابن عباس للذى طلق امرأته ثلاثًا قبل الدخول بها: «**لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجًا غيرك**»، تصريح بوقوع الثلاث تطليقات على غير المدخول بها، وعلى ذلك الصحابة ومالك وجمهور الفقهاء. وقال طاوس وعمرو بن دينار وعطاء: هى واحدة، سواء وقع ذلك فى لفظ واحد أو ألفاظ متتابعة.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وهذا عام فى المدخول بها وغيرها.

١١٧٨ – أخرجه الشافعى فى الأم ١٨٤/٥. أبو داود فى الطلاق ٢١٩٨. باب نسخ المراجعة بعد تطليقات الثالث ٢٦٠/٢، ٢٦١. عبد الرزاق فى المصنف ٣٣٤/٦. الأثر ١١٠٧١. البيهقى فى السنن الكبرى ٣٥٥/٧. وفى معرفة السنن والآثار ١٤٩٧٢/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٥٩.

ومن جهة المعنى أن كل من صح إيقاعه الطلقة الواحدة عليها، صح أن يكمل لها الثلاث كالمدخول بها.

فصل: وقول السائل: «**إنما طلاقى إياها واحدة**»، يحتمل أن يريد بذلك إنما أوقعها فى دفعة واحدة، وهو أن يقول لها: أنت طالق ثلاثًا، فيجمع ذلك فى لفظ واحد. وقال إبراهيم النخعى: إذا قال لها: أنت طالق ثلاثًا، لزمته الثلاث، وإذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، لزمته الواحدة، دون الثنتين. وروى ذلك عن ابن عباس.

وقال مالك: تلزمه الثلاث، إذا اتصل كلامه، ولم يفصل؛ لأن كل كلام يصح الاستثناء منه، فإنه يصح العطف عليه كطلاق المدخول بها.

مسألة: فمن طلق ثلاثًا قبل البناء، ثم تزوجها، وهو يرى ذلك حلالاً، فإنه يفرق بينهما، ولها المهر كاملاً، إن كان دخل بها، قاله الزهرى والشعبى، وهو قول مالك. وقال النخعى: لها مهر ونصف.

وجه القول الأول أن النكاح الفاسد أضعف من النكاح الصحيح، فإذا لم يجب بالمسيس فى النكاح الصحيح إلا مهر واحد، فكذلك فى الفاسد، ولأن الوطء فى النكاح الفاسد مستند إلى العقد، فلم يجب فيه ما لا يجب بالعقد.

إلا أن يريد إبراهيم أن له فى العقد الثانى الذى يعقبه الطلاق ونصف الصداق، وله فى العقد الثانى صداق كامل بما أفرد به الدخول، فهو كلام صحيح وهو مقتضى قول مالك، والله أعلم.

١١٧٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الأَشَجِّ، عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ أَبِى عَيَّاشٍ الأَنْصَارِىِّ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ يَسْأَلُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلاثًا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، قَالَ عَطَاءٌ: فَقُلْتُ: إِنَّمَا طَلاقُ الْبِكْرِ وَاحِدَةٌ، فَقَالَ لِى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ: إِنَّمَا أَنْتَ قَاصٌّ الْوَاحِدَةُ تُبِينُهَا، وَالثَّلاثَةُ تُحَرِّمُهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قول عطاء للسائل، وقد طلق ثلاثًا، «**إنما طلاق البكر واحدة**»، يحتمل أحد وجهين، إما أن يريد به أنه لا يجوز أن يطلق إلا واحدة، أو أنه لا يصح أن يلحقها إلا طلقة واحدة، ولا يحمل على نفى الجواز والإباحة؛ لأن ذلك حكم المدخول بها مع أن جواب عبد الله بن عمرو يمنع من ذلك.

١١٧٩ - انفرد به مالك.

فلم يبق إلا أن يريد به أن لا تلحقها إلا طلقة واحدة، وإن أوقع الزوج عليها أكثر من ذلك، وهو المعلوم من قول عطاء، وقد تقدم ذكره.

ولذلك قال له عبد الله بن عمرو: «**إنما أنت قاص**»، بمعنى أنك ممن لا يفتى فى هذه المسألة، ولا يعرف حكمها، وإن رتبتك أن تقص على الناس دون أن تفتى، ثم أظهر ما عنده من حكم المسألة مما يخالف قول عطاء.

فقال له: «**إن الطلقة الواحدة تبينها**»، يريد من الزوج، فلا رجعة له عليها «**والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجًا غيره**»، وهذا يقتضى أن الثلاث تقع عليها، ولذلك لا يحل نكاحها إلا بعد زوج، وإن حكم من طلقت ثلاثًا عندى غير حكم من طلقت عليه واحدة.

١١٨٠ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الأَشَجِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِى عَيَّاشٍ الأَنْصَارِىِّ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ وَعَاصِمِ بْنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَجَاءَهُمَا مُحَمَّدُ بْنُ إِيَاسِ بْنِ الْبُكَيْرِ، فَقَالَ: إِنَّ رَجُلا مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلاثًا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَمَاذَا تَرَيَان؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ ابْنُ الزُّبَيْرِ: إِنَّ هَذَا الأَمْرَ مَا لَنَا فِيهِ قَوْلٌ، فَاذْهَبْ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِى هُرَيْرَةَ، فَإِنِّى تَرَكْتُهُمَا عِنْدَ عَائِشَةَ، فَسَلْهُمَا ثُمَّ ائْتِنَا، فَأَخْبِرْنَا، فَذَهَبَ فَسَأَلَهُمَا، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ لأَبِى هُرَيْرَةَ: أَفْتِهِ يَا أَبَا هُرَيْرَةَ، فَقَدْ جَاءَتْكَ مُعْضِلَةٌ، فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: الْوَاحِدَةُ تُبِينُهَا والثَّلاثُ تُحَرِّمُهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ. وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: مِثْلَ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قول عبد الله بن الزبير: «**إن هذا الأمر ما لنا فيه قول**»، إقرار منه بالحق، وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه، وإن كان من أهل العلم، وهذا مما يجب أن يلزمه كل ذى دين أن يقول إذا سئل عما لا يعلم: لا أعلم.

وقد قال ابن عباس: إذا أخطأ العالم، لا أدرى أصيبت مقاتله، وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأبا هريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسألة، ثم

١١٨٠ – انفرد به مالك.

أمره أن يعود إليه، فيخبره بقولهما؛ ليسهل له ذلك طريق النظر فى الصواب؛ لأن حفظ العالم أقوال العلماء يسهل له طريق النظر ويعينه عليه.

فصل: وقول ابن عباس لأبى هريرة: «**افته يا أبا هريرة، فقد جاءتك معضلة**»، إخبار عن خفاء المسألة عليه، وتعذر الوصول إلى وجه الصواب فيها.

يقال: أعضل الأمر، إذا أعيا وجه تناوله، فقدم أبا هريرة فى الفتوى بعد أن أخبره بتعذر تبيينها، ومعرفة وجه الصواب رجاء أن يكون عند أبى هريرة فى ذلك ما يصير إليه أو ما يستعين به على الوصول إلى معرفة حكمها.

فلما وافق أبو هريرة الصواب فيها، وقال: الواحدة تبينها، والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجًا غيره، قال ابن عباس مثله؛ ليتبين وجه الصواب له.

وقد روى طاوس وعطاء، عن ابن عباس أنه كان يقول: هى واحدة، فلعله كان يقول بذلك حتى سمع من قول أبى هريرة ما تبين له الصواب فيه، فرجع إلى القول به.

وقد روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان: أن السائل عن المسألة كان رجلاً من مزينة، وأن ابن عباس قال لأبى هريرة لما أفتى بما تقدم من قوله: زينتها يا أبا هريرة، أو نورتها، أو كلمة تشبهها، يعنى أنه أصاب.

قَالَ مَالِك: وَالثَّيِّبُ إِذَا مَلَكَهَا الزوج ولم يَدْخُلْ بِهَا، إِنَّهَا تَجْرِى مَجْرَى الْبِكْرِ، الْوَاحِدَةُ تُبِينُهَا، وَالثَّلاثُ تُحَرِّمُهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «**أن الثيب كالبكر في ذلك**»، واضح؛ لأن الحكم لا يتعلق ببكارتها، وإنما يتعلق بأنها غير مدخول بها، فإذا لم يدخل بها زوجها، فحكمها فى الواحدة حكم البكر، والله أعلم.

* * *

طلاق المريض

١١٨١ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفٍ قَالَ، وَكَانَ

١١٨١ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٧/٦١. الأثر ١٢١٩١. ابن أبى شيبة فى المصنف ٥/٢١٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٧/٣٦٢. وفى معرفة السنن والآثار ١١/١٤٨٤٥. المغنى ٦/٣٣٠. ابن حزم فى المحلى ١٠/٢١٨. كشف الغمة ٢/١٠٢. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٦٢.

أَعْلَمَهُمْ بِذَلِكَ. وَعَنْ أَبِى سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ، وَهُوَ مَرِيضٌ، فَوَرَّثَهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

الشرح: قوله: **«أن طلحة بن عبد الله بن عوف كان أعلمهم بذلك»**، يريد أنه كان أعلمهم بحكم هذه القضية، وما جرى فيها لعبد الرحمن بن عوف من صفة الطلاق ولعثمان بن عفان من الحكم من سائر الرواة لذلك.

فصل: وقوله: **«أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة، وهو مريض»**، يريد أن طلاقه إياها كان البتة، فيحتمل أنه كان يرى إباحة ذلك، أو يحتمل أنه طلقها واحدة فى آخر ثلاث تطليقات، فكانت تلك الطلقة بتة؛ لأنها بها تبين عنه، وأن عثمان بن عفان، رضى الله عنه، ورثها منه.

وفى ذلك بابان، أحدهما: فى صفة المرض، وما يلحق به من المعانى التى تجرى مجراه فى بقاء حكم الميراث. والباب الثانى: فى حكم طلاق المريض.

* * *

الباب الأول فى صفة المرض الذى به يبقى حكم ميراث المطلقة

قال مالك فى كتاب محمد: إن كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج، وإن كان جذامًا أو برصًا أو فالجًا، فإنه يحجب فيه عن ماله، وإن طلق فيه زوجته ورثته، وليس للقوة والريح والرمد كذلك، إذا صح البدن، وكذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام، يصح معه بدنه ويتصرف، فهو كالصحيح.

قال محمد: ولم يختلف مالك وأصحابه فى الزاحف فى الصف، أنه كالمريض فى الطلاق وغيره. فأما من نالته شدة فى البحر، فلم يره ابن القاسم كالمريض، وأراه رواه عن مالك. وقال أشهب: هو كالمريض.

وجه القول أن المخافة من شدة البحر لم تتعين، ولا وجد سبب العطب؛ لأن العطب إنما يكون بانكسار المركب، فهو بمنزلة الزاحف فى القتال، فإنما هو البحر، فهو بمنزلة المخافة فى موضع مخوف، لم يرَ بعد والوقوف فى العسكر مع معاينة العدو، دون مباشرة حرب، ولا بقرب منه.

ووجه القول الثانى أنه فى حالة مخافة على نفسه يتكرر منها الهلاك، فلم تمنع صحة جسمه من أن يكون حكم المريض فى ماله كالزاحف.

* * *

الباب الثانى فى حكم طلاق المريض

من طلق امرأته فى مرضه، ورثته، وإن مات بعد انقضاء عدتها، وبعد أن تزوجت غيره، إذا اتصل مرضه إلى أن توفى خلافًا للشافعى فى قوله: إن المبتوتة فى المرض، لا ترث.

والدليل على ما نقوله أن القاضى أبا محمد قال: إنه إجماع الصحابة، ولأن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم، ولا مخالف لهم فى ذلك، إلا ما يروى عن عبيدالله بن الزبير، وسنذكره بعد هذا، إن شاء الله.

ومن جهة المعنى أنها فرقة فى حال منع تصرفه فيها من غير الثلث، فلم يقطع ميراث الزوجة كالموت، ولأن للتهمة تأثيرًا فى الميراث، بدليل منع القاتل الميراث.

مسألة: فإن طلقها بنشوز منها أو لعان أو خلع، فإن حكم الميراث باق لها خلافًا لأبى حنيفة؛ لأن عثمان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف، وقد سألته الطلاق.

ومن جهة المعنى أن الإذن لا يسقط فى ميراث الوارث كما لو أذن الابن لأبيه فى إخراجه من الميراث، فإن ارتد فى مرضه، ثم راجع الإسلام، فمات من مرضه ذلك لم ترثه؛ لأن بارتداده انفسخ النكاح بينهما ورجوعه إلى الإسلام ليس برجعة.

مسألة: ولو أقر فى مرضه أنه طلق البتة فى صحته، لم يصدق وورثته امرأته إذا أنكرت ذلك.

ووجه ذلك عندى أنه يدعى ما يسقط ميراثها، ولا يقبل ذلك منه فى حالة ليس له إخراجها من جملة الورثة.

مسألة: ولو مات، فشهد الشهود أن الزوج كان طلقها البتة فى صحته، فقد جعله ابن القاسم كالمطلق فى المرض؛ لأن الطلاق إنما يقع يوم الحكم، ولو وقع يوم القول لكان فيه هذا الحد، إذا أنكر الطلاق، وأقر بالوطء.

مسألة: ومن طلق فى صحته طلقة، ثم مرض، فأردفها فى صحته ثانية، ثم مات، فلها الميراث فى العدة؛ لأنها تبنى على عدتها من الطلاق الأول، ولو ارتجع من الأول انفسخت العدة، ثم إن طلقها بعد ذلك فى المرض، كان لهذا الطلاق حكمه، فورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة، قال معناه ابن المواز.

مسألة: ولو طلق زوجة نصرانية أو أمة فى مرضه، ثم أسلمت النصرانية، وأعتقت

الأمة بعد العدة، ومات بعد ذلك من مرضه ذلك، ورثتاه، رواه أصبغ، عن ابن القاسم في العتبية.

وقال سحنون: لا ترثانه، ولا يتهم في ذلك، وكذلك لو طلقها البتة، إلا أن يطلق واحدة وتموت في العدة بعد أن أسلمت هذه، وعتقت هذه، فترثانه.

وجه قول ابن القاسم أنه مات وحرمتهما واحدة بعد أن طلق في المرض، فثبت الميراث للمرأة كما لو كانت مسلمة حين الطلاق.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به؛ لأنها لم تكن وارثة حين طلقها، فلم يقتض بطلانه إياها إخراجها من الميراث.

مسألة: من حلف ليقضين فلانًا حقه، فمرض الحالف، ثم حنث في مرضه، ومات منه، قال أبو حنيفة والشافعي: لا ترثه.

وقال المغيرة: إن كان بين الملك، فلم يقضه، فامرأته ترثه كالمطلق في المرض، وإن كان عديمًا، فطرأ له مال لم يعلم به حتى مات، فقد حنث ولا ترثه.

وقال سحنون عن أبيه: لا أعرف هذا ولا أراه. وقال أصحابنا: إنها ترثه بكل حال؛ لأنه طلاق وقع في المرض.

وجه قول المغيرة أنه لم يكن له مال علم به، فلم يقصد طلاقها، ولا إخراجها من الميراث، فلذلك لم ترثه.

ووجه ما قال سحنون ما احتج به من مراعاة وقت الطلاق لا وقت إيقاعه، والله أعلم.

مسألة: ولو كان الحنث من سببها مثل أن يحلف، وهو صحيح بطلاقها إن دخلت الدار فدخلتها، وهو مريض قاصدة إلى طلاقه، فهي طالق، ولا ميراث لها، رواه زياد بن جعفر، عن مالك، والمشهور من مذهب أصحابنا، أنها ترثه. وجه القولين ما تقدم ذكره.

١١٨٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْفَضْلِ، عَنِ الأَعْرَجِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ وَرَّثَ نِسَاءَ ابْنِ مُكْمِلٍ مِنْهُ، وَكَانَ طَلَّقَهُنَّ، وَهُوَ مَرِيضٌ.

١١٨٢ - أخرجه ابن حزم في المحلى ٢١٨/١٠. الأثر ٥٧٦. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٦٣.

الشرح: قوله: **«ورث نساء ابن مكمل منه»**، يريد، والله أعلم، عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن مكمل المدنى الأعشى، **«وكان طلقهن، وهو مريض»**، يريد المرض الذى توفى فيه، ولا يعلم من هذا الحديث، هل توفى بعد انقضاء عدتها أو قبل ذلك.

وإن كان قد روى عبد الرحمن بن هرمز أن نساءه كن ثلاثًا، إحداهن جويرية بنت فارط، وأنه طلق اثنتين منهن فى فالج أصابه، ثم مكث بعد طلاقه إياهما سنين، وأنهما ورثتاه.

وإن كان منهن من لم يدخل بها، فطلقها وهو مريض، أو من انقضت عدتها، وتزوجت بعد انقضاء عدتها، وذلك كله سواء عند مالك ترثه على كل حال، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: لا ترث المطلقة قبل الدخول، ولا بعد العدة.

ودليلنا على ذلك أنها مطلقة فى المرض، فورثته مع سلامة الحال كما لو مات فى العدة.

١١٨٣ – مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقُولُ: بَلَغَنِى أَنَّ امْرَأَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ سَأَلَتْهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَقَالَ: إِذَا حِضْتِ، ثُمَّ طَهُرْتِ، فَآذِنِينِى، فَلَمْ تَحِضْ حَتَّى مَرِضَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، فَلَمَّا طَهُرَتْ آذَنَتْهُ، فَطَلَّقَهَا الْبَتَّةَ أَوْ تَطْلِيقَةً لَمْ يَكُنْ بَقِىَ لَهُ عَلَيْهَا مِنَ الطَّلاقِ غَيْرُهَا، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ يَوْمَئِذٍ مَرِيضٌ، فَوَرَّثَهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

الشرح: قول عبد الرحمن بن عوف لما سألته امرأته الطلاق: **«إذا حضت، ثم طهرت، فآذنينى»**، مراعاة لسنة الطلاق؛ لأنه قد كان أصابها فى ذلك الطهر، وسنة الطلاق أن يطلق فى طهر، لم يمس فيه، ولا يعقب حيضًا طلق فيه.

ويقال إن هذه المرأة هى تماضر بنت الأصبغ أم سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، فلم تبلغ الوقت الذى رسمه لها حتى مرض عبد الرحمن بن عوف مرضه الذى توفى فيه، فلما آذنته طلقها طلاقًا بائنًا، إما أنه جمع الثلاث إن كان يرى إباحة ذلك أو طلق آخر طلقة بقيت له فيها، وقد فسر ذلك الراوى.

فصل: وقوله: **«فورثها عثمان بن عفان منه»**، يقتضى أن عثمان؛ رضى الله عنه، ورث نساء المطلق فى المرض، وإن كان سبب الطلاق من فعلهن؛ لأن هذه الزوجة هى سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق ورغبته، وقد ورثها عثمان مع ذلك.

١١٨٣ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٦٤.

وقد جعل أهل العلم فعل عثمان فى ذلك أصلاً؛ لأنه إمام حكم فى قضية رجل مشهور أحد العشرة، ومثل هذا ينتشر قضاؤه به فى الأمصار، وينقل إلى الآفاق، فلم يتحصل عن أحد من الصحابة ولا غيرهم فى ذلك خلاف، فثبت أنه إجماع منهم على تصويبه.

فصل: وقوله: «**فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها**»، يريد، والله أعلم، وقد مات بعد انقضاء عدتها؛ لأن وقت الحكم بالميراث، لا تعتبر فيه العدة، وإنما تعتبر فى الوفاة التى استحق بها الميراث.

وإذا كانت بائنًا منه ورثها مع ذلك، فلا فرق بين أن يتوفى فى العدة أو غيرها؛ لأنها ليست ترث مطلقة بائنًا متوفى فى عدة، فحكمها وحكم التى قد انقضت عدتها فى ذلك سواء.

١١٨٤ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ قَالَ: كَانَتْ عِنْدَ جَدِّى حَبَّانَ امْرَأَتَانِ هَاشِمِيَّةٌ وَأَنْصَارِيَّةٌ، فَطَلَّقَ الأَنْصَارِيَّةَ، وَهِىَ تُرْضِعُ، فَمَرَّتْ بِهَا سَنَةٌ، ثُمَّ هَلَكَ وَلَمْ تَحِضْ، فَقَالَتْ: أَنَا أَرِثُهُ، لَمْ أَحِضْ، فَاخْتَصَمَتَا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَضَى لَهَا بِالْمِيرَاثِ، فَلامَتِ الْهَاشِمِيَّةُ عُثْمَانَ، فَقَالَ: هَذَا عَمَلُ ابْنِ عَمِّكِ، هُوَ أَشَارَ عَلَيْنَا بِهَذَا، يَعْنِى عَلِىَّ بْنَ أَبِى طَالِبٍ.

١١٨٥ – مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ثَلاثًا وَهُوَ مَرِيضٌ فَإِنَّهَا تَرِثُهُ.

الشرح: قوله: «**فطلق الأنصارية، وهى ترضع، فتوفى، فانقضت سنة، ولم تحض**»، يريد، والله أعلم، أن الأنصارية لم تحض لأجل الرضاع حتى توفى زوجها، وذلك أن ارتفاع حيض المطلقة يكون لسبب معروف، ولغير سبب معروف.

فأما ما كان لسبب معروف، فكالرضاع والمرض، فإن تأخر الرضاع، فإنها لا تعتد إلا بالأقراء، طال الوقت أو قصر.

١١٨٤ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٣٤/٦. سعيد بن منصور فى السنن ١/٣، ٣٠٧. ابن أبى شيبة ٢١٠/٥، ٢١١. البيهقى فى السنن الكبرى ٤١٩/٧. المغنى ٤٦٥/٧. ابن حزم فى المحلى ٢٢٥/١٠. ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٦٦.

١١٨٥ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٦٥.

وقد احتج القاضى أبو محمد فى ذلك بالإجماع، قال: فإن حبان بن منقذ طلق امرأته وهى ترضع، فمكثت نحو سنة لا تحيض لأجل الرضاع.

ثم مرض، فخاف أن ترثه إن مات، فخاصمها إلى عثمان، وعنده على وزيد بن ثابت، فقال لهما: ما تريان، فقالا: نرى أنها ترثه؛ لأنها ليست من القواعد اللائى يئسن من الحيض، فهى عنده على حيضها ما كان لم يمنعها، إلا الرضاع، فانتزع حبان ابنه، فلما حاضت حيضتين مات حبان، فورثت منه، واعتدت عدة الوفاة.

قال القاضى أبو محمد: فأجمعوا أن التأخير بالرضاع، لا يسوغ الاعتداد بغير الحيض، وعللوا ذلك بأنها ليست ممن لم يحض، ولا ممن يئسن من المحيض.

ومن جهة المعنى أن العادة المستقرة بأن الرضاع يؤثر فى تأخير الحيض، فلا يكون ذلك ريبة، وإذا لم يكن ريبة، وجب انتظار زواله، والاعتبار بالحيض؛ إذ هى ممن تحيض.

فصل: وقوله: «**هذا عمل ابن عمك، هو أشار علينا بهذا**»، أراد تطييب نفسها بأن ما حكم به ولامت عليه، لم يحكم به إلا بعد مشاورة العلماء، وإن ابن عمها على بن أبى طالب الذى لا تشك هى فى إشفاقه عليها وإرادته الخير لها هو ممن أفتى بذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ طَلَّقَهَا وَهُوَ مَرِيضٌ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَلَهَا الْمِيرَاثُ، وَلا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَلَهَا الْمَهْرُ كُلُّهُ، وَالْمِيرَاثُ.

قَالَ مَالِك: الْبِكْرُ وَالثَّيِّبُ فِي هَذَا عِنْدَنَا سَوَاءٌ.

الشرح: قوله فى غير المدخول بها يطلقها زوجها، وهو مريض: «**أن لها نصف الصداق**»، وبه قال مالك وعليه جماعة الفقهاء ابن شهاب وعمر بن عبد العزيز والنخعى وغيرهم. وقال الحسن البصرى: لها الصداق كاملاً.

والدليل على ما نقوله أن هذه مطلقة قبل البناء بها، فلم يكن لها الصداق كاملاً، كما لو طلق فى الصحة.

فصل: وقوله: «**ولها الميراث**»، روى نحو ذلك عن عطاء: لها نصف الصداق والميراث، خلافًا للزهرى وعمر بن عبد العزيز.

ووجه ذلك أنه مطلق فى المرض، لو لم يطلق فيه لكان لهـا الميراث، فلـم يكـن لهـا إسقاط ميراثها بالطلاق كالذى دخل بها.

فرق: والفرق بين تكميل الصداق والميراث، أن الصداق عوض فى معاوضته، ونصفه يجب بالعقد، فليس له إسقاطه، ونصفه يجب بالدخول أو بالموت علـى حكـم الزوجيـة، وله إبطال ذلك بالطلاق. وأما الميراث، فهو قد تعين لها بعوضه تستحق استيفاءه بعـد موته، فلم يكن لها إسقاطه.

فصل: وقوله: «**ولا عدة عليها**»، خلافًا للحسـن فـى قولـه: لهـا الصـداق والمـيراث، وعليها العدة.

وجه قول مالك أنها مطلقة لم يبن بها، فلـم تكـن عليهـا عـدة كمـا لـو طلقهـا فـى الصحة؛ لأن الطلاق فى المرض إنما يؤثر فى الميراث دون العدة، ولذلك لو طلقهـا حـال المرض، فتوفى بعد انقضاء عدتها، أو كان طلاقه بائنًا، لم تنتقل إلى عدة الوفـاة، وكـان لها الميراث.

* * *

ما جاء فى متعة الطلاق

١١٨٦ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ طَلَّقَ امْرَأَةً لَهُ، فَمَتَّعَ بِوَلِيدَةٍ.

الشرح: قوله: «**طلق امرأة له، فمتع بوليدة**»، يريد أعطاها إياهـا بـأثر طلاقـه إياهـا، قال الله تعالى: ﴿**وللمطلقات متاع بالمعروف**﴾ [البقـرة: ٢٤١]، واختلـف العلمـاء فـى المتعة، فذهب مالك إلى أنها ليست مما يجبر عليها المطلق، ولا يحكم بها عليه.

قال مالك: إنها لحق على الزوج، ولا يقضى بها عليـه، وليحرضـه السـلطان عليهـا، ولا تحاص الغرماء بها، وهى لكل مطلقة، لا ترد شيئًا مما أخذت، وهـى علـى المـولى إذا طلق عليه، قاله ابن المواز؛ لأنه طلاق سلم من نهاية المقابحة، وارتجاع شيء من الزوجة.

فأما مـن تـرد شـيئًا ممـا أخـذت، فكيـف يـزاد عليـه، وكذلـك المفارقـة عـن مقابحة كالملاعنة، فلا متعة لها. قال الشيخ أبو إسحاق: لأن المتعة تسلية عن الفـراق، والملاعـن لا يريد تسلية من لاعن من الزوجات.

مسألة: والتى لم يسم لها الصداق إذا دخل بها، لها المتعة كالتى سـمى لهـا، ودخـل

١١٨٦ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٦٧.

بها، والصداق؛ لأنه لا ينتزع منها شيء، ولا فارقت عن نهاية مقابحة، فكان لها المتعة كالتي سمى لها، ودخل بها.

مسألة: فإن طلقها بعد البناء بها، ثم راجعها قبل أن يمتعها، فلا متعة لها، قاله ابن وهب وأشهب؛ لأن المتعة تسلية عن الفراق والتسلية بالارتجاع أعظم، والله أعلم.

وقد قال ربيعة: إنما المتعة لمن لا رد له عليها، يريد لمن لا رجعة له عليها، والتي له عليها رجعة، فلم ترجع حتى انقضت العدة، فقد صارت في حكم من لا رجعة له عليها. وذكر فضل بن مسلمة نحو هذا. وهذا يقتضي أن وقت المتعة من الطلاق الرجعي إذا انقضت وقت الرجعة وسبب البينونة.

مسألة: وكل فرقة من قبل المرأة قبل البناء أو بعده، فلا متعة فيها.

ووجه ذلك أنها التي اختارت الفراق، فلا تسلي عن المشقة التي تلحق بها.

١١٨٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ مُتْعَةٌ إِلا الَّتِي تُطَلَّقُ وَقَدْ فُرِضَ لَهَا صَدَاقٌ، وَلَمْ تُمْسَسْ، فَحَسْبُهَا نِصْفُ مَا فُرِضَ لَهَا.

١١٨٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ مُتْعَةٌ.

قَالَ مَالِك: وَبَلَغَنِي عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: قد تقدم ذكرنا من يؤمر بالمتعة، وقد قال القاسم بن محمد: لا متعة في نكاح مفسوخ، ولا فيما يدخله الفسخ بعد صحة العقد، مثل ملك أحد الزوجين صاحبه.

وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿**للمطلقات متاع بالمعروف**﴾ [البقرة: ٢٤١]، فكان هذا الحكم مختصًا بالطلاق دون الفسخ.

١١٨٧ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦٨/٧. الأثر ١٢٢٢٤. من طريق: معمر، عن أيوب، عن نافع، وابن أبي شيبة ١٥٤/٥. من طريق: عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر وانظر الأم ٢٥٥/٧. البيهقي في السنن الكبرى ٢٥٧/٧. أحكام القرآن للجصاص ٤٢٨/١. المغني ٧١٣/٦. ابن حزم في المحلى ٢٤٧/١٠. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٦٨.

١١٨٨ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧٠/٧. ابن أبي شيبة في المصنف ١٥٤/٥. الأثر ١٢٢٣٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٦٩.

ومن جهة المعنى أنه أمر غلبا عليه، وليس من قبل الزوج، فيسليها بالمتعة.

مسألة: وإن جهل المتعة حتى مضت أعوام، فليرجع ذلك إليها إن تزوجت، أو إلى ورثتها إن ماتت، رواه ابن المواز، عن ابن القاسم. قال أصبغ: لا شيء عليه، إن ماتت.

وجه قول ابن القاسم أنه حق ثبت لها، فينتقل عنها إلى ورثتها كسائر الحقوق.

ووجه قول أصبغ ما احتج به من أنه لا عوض له، وإنما هو تسلية من الطلاق، وقد فات ذلك.

قَالَ مَالِك: لَيْسَ لِلْمُتْعَةِ عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ فِي قَلِيلِهَا وَلا كَثِيرِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال مالك، رحمه الله، أنه لا حد في جنسها ولا قدرها. قال مالك: وهي على قدر الرجل والمرأة لقول الله تعالى: **﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾** [البقرة: ٢٣٦]. وروى ابن وهب، عن ابن عباس أنه قال: أعلاها الخادم، ودون ذلك الورق، ودون ذلك الكسوة.

* * *

ما جاء في طلاق العبد

١١٨٩ – مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ نُفَيْعًا، مُكَاتَبًا كَانَ لأُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَوْ عَبْدًا لَهَا، كَانَتْ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ حُرَّةٌ، فَطَلَّقَهَا اثْنَتَيْنِ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا، فَأَمَرَهُ أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَأْتِيَ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَيَسْأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ، فَلَقِيَهُ عِنْدَ الدَّرَجِ آخِذًا بِيَدِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، فَسَأَلَهُمَا فَابْتَدَرَاهُ جَمِيعًا، فَقَالا: حَرُمَتْ عَلَيْكَ، حَرُمَتْ عَلَيْكَ.

١١٩٠ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ نُفَيْعًا، مُكَاتَبًا كَانَ لأُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ طَلَّقَ امْرَأَةً حُرَّةً تَطْلِيقَتَيْنِ، فَاسْتَفْتَى عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَقَالَ: حَرُمَتْ عَلَيْكَ.

١١٨٩ – أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٢٣٤/٧. البيهقي في السنن الكبرى ٣٦٨/٧، ٣٣٥/١٠. ابن حزم في المحلى ٢٣٣/١٠. المغني ٢٦٣/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٧٠.

١١٩٠ – أخرجه الشافعي في الأم ٢٥٨/٥. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٧١.

١١٩١ – مَالِك، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّيْمِيِّ أَنَّ نُفَيْعًا مُكَاتَبًا كَانَ لأُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ اسْتَفْتَى زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ، فَقَالَ: إِنِّي طَلَّقْتُ امْرَأَةً حُرَّةً تَطْلِيقَتَيْنِ، فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: حَرُمَتْ عَلَيْكَ.

الشرح: قول عثمان بن عفان وزيد بن ثابت لنفيع، وقد طلق زوجته تطليقتين: «حرمت عليك»، يقتضى أن معنى التحريم استيفاء عدد الطلاق والمنع من الارتجاع إلى الزوجية، وهذا يقتضى أن قول القائل لزوجته: أنت علىَّ حرام، يقتضى إيقاع الثلاث، وتضمن الحديث أن العبد لا يملك إلا تطليقتين، وإن كانت حرة.

١١٩٢ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا طَلَّقَ الْعَبْدُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَتَيْنِ، فَقَدْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً، وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلاثُ حِيَضٍ، وَعِدَّةُ الأَمَةِ حَيْضَتَانِ.

الشرح: قول عبد الله بن عمر هذا يقتضى ما قدمناه من أن معنى التحريم استيفاء الطلاق، والمنع من استئناف زوجية، إلا بعد زوج، وهؤلاء أهل اللغة العربية الذين نزل القرآن بلسانهم، وطريق هذا اللغة، فيجب أن يرجع إلى ما قاله من ذلك، وأن يحمل قول الرجل لزوجته: أنت علىَّ حرام، على هذا.

ومذهب عبد الله بن عمر فى أن الاعتبار فى الطلاق بحال الزوج فى الحرية والرق، والاعتبار فى العدة بحال الزوجة، وهو مذهب مالك، رحمه الله، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولابن عمر فى ذلك قول آخر، وهو أن المراعى فى الطلاق رق أحد الزوجين، وبه أخذ أبو ثور، والله أعلم.

١١٩٣ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ أَنْ يَنْكِحَ، فَالطَّلاقُ بِيَدِ الْعَبْدِ، لَيْسَ بِيَدِ غَيْرِهِ مِنْ طَلاقِهِ شَيْءٌ، فَأَمَّا أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ أَمَةَ غُلامِهِ أَوْ أَمَةَ وَلِيدَتِهِ، فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِ.

١١٩١ – أخرجه الأم ٢٥٨/٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٢.

١١٩٢ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٦٩/٧. ابن حزم فى المحلى ٢٠٧/١٠، ٢٣٣. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٣.

١١٩٣ – أخرجه الشافعى فى الأم ٢٥٧/٧، ٢٥٨. البيهقى فى السنن الكبرى ٣٦٠/٧. وفى معرفة السنن والآثار ١٤٨٢٦/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٤.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «**أن من أذن لعبده فى النكاح، فالطلاق بيد العبد**»، يريد أن السيد لا يملك أن يفرق بينه وبين زوجته، ولا يوقع عليها طلاقًا، ولا يمنع العبد من إيقاع ذلك، وإن كان له منعه من النكاح، وبهذا قال جمهور الصحابة عمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف، وبه أخذ مالك وأبو حنيفة والشافعى وسائر فقهاء الحجاز والعراق.

وروى عن جابر بن عبد الله، وعبد الله بن عباس: أن الطلاق بيد السيد. وقال غيرهما: إن كان السيد زوجه، فالطلاق بيد العبد، وإن كان اشتراه مزوجًا، فله أن يفرق بينهما.

والدليل على ما نقوله أن السيد لما أذن له فى النكاح، فقد أذن له فى أن يملك سائر أحكامه كما ملكه الاستمتاع.

فصل: وقوله: «**وله أن ينتزع أمة عند عبده قد استمتع بها، كما له أن ينتزع أمة وليدته**»؛ لأن للسيد أن ينتزع مال عبيده وإمائه.

* * *

نفقة الأمة إذا طلقت وهى حامل

قَالَ مَالِك: لَيْسَ عَلَى حُرٍّ وَلا عَبْدٍ طَلَّقَا مَمْلُوكَةً، وَلا عَلَى عَبْدٍ طَلَّقَ حُرَّةً طَلاقًا بَائِنًا، نَفَقَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلا، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ.

قَالَ مَالِك: وَلَيْسَ عَلَى حُرٍّ أَنْ يَسْتَرْضِعَ ابنه، وَهُوَ عند قَوْمٍ آخَرِينَ، وَلا عَلَى عَبْدٍ أَنْ يُنْفِقَ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَا يَمْلِكُ سَيِّدُهُ إِلا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «**لا تجب النفقة على عبد ولا على حر، طلقا مملوكة**»، يريد، والله أعلم، الطلاق البائن، فلا نفقة لها، وإن كانت حاملاً؛ لأن ابنها رقيق لسيدها، فالنفقة تلزمه دون الزوج المطلق، وبهذا قال الشافعى وجمهور الفقهاء. وروى عن الحسن والحكم: أن النفقة على الزوج الحر يطلق الأمة، وهى حامل.

ووجه القول الأول أن هذه نفقة تجب بسبب الولد، وهو عبد، فلم يلزمه إياه.

أصل ذلك نفقته بعد الانفصال من الرضاع وغيره. وأما إن كان الطلاق رجعيًا، فحكمها حكم الزوجة فى النفقة بعد، إن شاء الله تعالى.

فصل: «**وأما العبد يطلق الحرة حاملاً، فلا نفقة عليه**»؛ لأن نفقة الزوجية قد بطلت بالطلاق البائن، وليس للعبد أن ينفق مالاً لسيده فيه حق الانتزاع والمنع من التصرف على ابنه، وهو حر كما ليس له ذلك بعد الولادة.

فصل: وقوله: «**وليس على حر أن يسترضع ابنه، وهو عند قوم آخرين**»، يريد ليس عليه رضاع ابنه، وكذلك ليس عليه نفقته، وأجمع العلماء على هذا ممن يقول بالنفقة على الحامل، ومن لا يقول بذلك.

ووجهه أن العبد نفقته على سيده دون ابنه وغيره، وهذا عند مولى الأم، فكانت نفقته ومؤنته عليه.

* * *

عدة التى تفقد زوجها

١١٩٤ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ فَقَدَتْ زَوْجَهَا، فَلَمْ تَدْرِ أَيْنَ هُوَ، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ أَرْبَعَ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدُّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، ثُمَّ تَحِلُّ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «**أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين**»، لم يعتبر بما أقامت قبل أن ترفع إليه، ولو أقامت عشرين سنة.

والمفقود الذى ذهبت فيه إلى عمر بن الخطاب هو الذى يغيب عن امرأته بحيث لا يعلم من بلاد المسلمين، ولم يفقد فى معركة، فيغلب على الظن هلاكه فيها، فهذا إذا رفعت امرأته أمرها إلى السلطان.

قال عيسى، عن ابن القاسم: المفقود على ثلاثة أوجه، مفقود لا يدرى موضعه، فهذا يكشف الإمام عن أمره، ثم يضرب له الأجل أربع سنين، ومفقود فى صف المسلمين فى قتال العدو، فهذا لا تنكح زوجته أبدًا، وتوقف هى وماله حتى ينقضى تعميره، ومفقود فى قتال المسلمين بينهم، لا يضرب له أجل، ويتلوم لزوجته بقدر اجتهاده.

فالمفقود الذى ذكره ابن القاسم أولاً هو الذى يسأل أهله عن وجه مغيبه وجهة سفره، وعن وقت انقطاع خبره، ثم يسأل ويبحث عن خبره. وروى ابن القاسم، عن

١١٩٤ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٧/٤٤٥. الأم ٥/٢٤١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٥.

مالك: ويكتب إلى ذلك الموضع فى الكشف عن أمره، فإن لم يوقف له على خبر، استأنف لها ضرب أجل أربع سنين.

فإن جاء فى المدة أو جاء خبر حياته، فهى على الزوجية، وإن لم يأت، ولم يسمع له خبر حتى انقضت المدة، اعتدت عدة الوفاة، فإن جاء فى العدة، فهى على الزوجية، وإن انقطع وانقضت العدة قبل مجيئه، أو مجىء علم بحياته، فقد حلت للأزواج.

وإنما قلنا إن الإمام يضرب لها أجلاً بعد البحث عن أمر الذى به يعلم انقطاع خبره لما ذكره القاضى أبو محمد، أن ذلك إجماع الصحابة؛ لأنه مروى عن عمر وعثمان، قال: وروى مثله عن على وجماعة من التابعين، ولم يعلم لهم فى عصر الصحابة مخالف، فثبت أنه إجماع.

ومن جهة المعنى أن المرأة لها حق فى الزوج، ولو كان حاضرًا لفرق بينهما بالعنة، ومغيب عينه أشد من العنة، فأن تثبت لها الفرقة به أولى.

وهذا الذى ذكره أبو محمد فى المسألة، والذى روى عن على ذلك رواه عنه خلاس، وفى روايته عنه ضعف، وروى عنه أنه قال: هى امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو فراق، وهى أسانيد غير متصلة، وما اتصل منها، فليس بقوى، وهى مع ذلك تحتمل التأويل.

وروى مثل قول عمر وعثمان، عن ابن عمر وابن عباس، واتفق عليه أهل المدينة، وبه قال مالك وأحمد بن حنبل وابن راهويه. وقال أبو حنيفة والشافعى: هى زوجة الأول، والله أعلم.

مسألة: وإنما يقدر الأجل بأربعة أعوام؛ لأن الناس بين بقائلين، قائل يقول: لا يضرب لها أجل، وقائل يقول: يضرب لها أجل غير أربعة أعوام، فمن قال: إنه يضرب لها أجل غير أربعة أعوام، فقد خالف الإجماع.

ومن جهة المعنى أن الأغلب من حال هذه المدة أنه يسمع فيها خبر من كان حيًّا فى بلاد المسلمين مع البحث والسؤال عنه، ومكاتبة الجهة التى غاب إليها بأمره.

وقد قال ابن الماجشون: لا يضرب له الأجل إلا الإمام الأعظم، فإن ضرب الأجل من يوم رفعت الأمر إليه، وجهل ذلك لم يأتنف ضرب الأجل، ولكنه يحبسه من يوم ثبت عنده بعد الفحص عنه.

مسألة: وحكم الإمام بأربع سنين حكم للزوجة عليه بذلك، فإذا انقضت الأربع سنين، كان لها أن تعتد دون إذن الإمام، قاله ابن القاسم فى المدونة، وعدتها؛ لأنه إنما يحكم بموته فى حقها، فإذا انقضت عدتها حلت للأزواج.

قال القاضى أبو محمد: ولا يحتاج بعد انقضاء عدتها إلى إذن الإمام فى تزويجها، قال: لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل.

مسألة: وإن كان له نساء، فرفعت إحداهن أمره إلى الإمام، وأبى سائرهن، فضرب للقائمة الأجل بعد البحث، قال يحيى بن عمر: بلغنى أن ابن القاسم سئل عنها، فتفكر، ثم قال: أرى ضرب الأجل للمرأة الواحدة ضربًا لجميعهن، فإذا انقضى الأجل تزوجن، إن أحببن.

مسألة: وهل على امرأة المفقود إحداد فى العدة؟ قال مالك وابن نافع: عليها الإحداد. وقال ابن الماجشون: لا إحداد عليها.

وجه قول مالك أنها عدة من وفاة، أنه إنما يحكم بكونه ميتًا؛ لأن الظاهر أنه لو كان حيًا لسمع خبره.

ووجه قول عبد الملك أنها فرقة يحتسب بها طلقة، فلم يجب فى العدة إحداد كطلاق الحاضر.

مسألة: وحكم الزوجة التى لم يدخل بها زوجها، إذا فقد، حكم المدخول بها فى الأجل والعدة، واختلف فى صداقها، فقال مالك: لها جميعه. وقال ابن دينار: لها نصفه.

قال القاضى أبو محمد: وجه قولنا: لها جميع الصداق، أن أمره ينزل على الوفاة، وذلك يوجب لها جميع الصداق، وقولنا لها نصف الصداق، وأنها فرقة تحسب طلقة كالطلاق. وقد قال غيرهما من أصحابنا: إن كان دفعه إليها، لم ينزع منها، وإن لم تكن قبضته، لم تعط إلا نصفه.

فرع: فإذا قلنا لها جميع الصداق، فقد قال مالك: ما كان منه معجلاً، وما كان مؤجلاً بقى إلى أجله. وقال عبد الملك: يعجل لها نصفه، ويؤخر لها نصفه حتى يموت بالتعمير، فتأخذه. وروى ابن سحنون، عن أبيه: يعجل لها جميع الصداق.

ووجه تأجيل البعض أن الفرقة مراعاة لا يدرى، أوفاة هى أم طلاق، فيوقف لها

نصف الصداق حتى يثبت حكم الطلقة بدخول الزوج الثانى أو بعقده على اختلاف أصحابنا فى ذلك، فسقط نصف الصداق فى ذلك؛ لأنها طلقة، إلا أن يأتى الخبر أنه توفى قبل ذلك، فيكون لها ذلك النصف، وهو الذى ذهب إليه سحنون.

وأما من يقول: إنه يبقى إلى أجله، فلأن حكمه باق فى ماله على ما كان عليه من الحياة، فلا تحل ديونه. وقد روى عن أصبغ أنه يقضى دينه من ماله، حل دينه أو لم تحل، ويوقف ميراثه إلى أقصى عمره.

ووجه قول عبد الملك أنه لما قضى بتمويته فى حقها، كان أقل ما يجب لها نصف الصداق إن كان طلاقًا، فعجل ذلك، وإنما تستحق الباقى بوفاته، فتبقى حتى يحكم بها، وأراه يريد ما لم تتزوج، فيحكم بالطلاق على ما ذكره سحنون، والله أعلم.

فرع: فإذا قضى لزوجته بجميع الصداق، ثم قدم، قال الشيخ أبو محمد: يريد، وقد تزوجت، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك: ترد نصفه، ثم رجع، فقال: لا ترد شيئًا كالميت، والمعترض بعد التلوم عليه.

مسألة: وينفق على امرأة المفقود وعلى أولاده الصغار الذين لا مال لهم من ماله فى مدة الأربع سنين، وينفق فى مدة العدة من ماله على ولده الصغار دون الزوجة المعتدة، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أن التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويت له، وللمتوفى زوجها نفقة العدة.

فرع: فإن أنفق عليها فى أربع سنين، ثم جاء الخبر أنه قد كان مات قبل ذلك، ردت ما أخذت من النفقة من يوم توفى الزوج، وكذلك ولده فيما أنفق عليهم.

فصل: وأما الضرب الثانى من المفقودين، وهم من فقد فى قتال المشركين، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم أن زوجته لا تتزوج أبدًا، توقف هى وماله حتى يأتى عليه من العمر ما لا يحيا إلى مثله.

وقال مالك: إنما يضرب الأجل للمفقود فى أرض الإسلام لا ببلد الكفر، ولو علم بموضع الأسير ببلد الكفر، ثم انقطع خبره، لم يقض فيه بفراق، ولا أجل.

وروى أشهب، عن مالك فى العتبية فيمن فقد بين الصفين فى أرض العدو وأرض الإسلام، فلتتربص امرأته سنة من يوم ينظر فى أمره السلطان ويضرب له الأجل، ثم

تعتد. وقال أصبغ فى كتاب ابن المواز فى فقيد المعترك إذا كان ببلد بعيد كأفريقية أو بلد العدو، فهو كالمفقود.

فرع: فإذا قلنا يعمر، فقد روى عن مالك أشهب: يعمر سبعين سنة. وروى ابن كنانة فى المجموعة: إن مالكًا قال: فى إن مات الأولاد، وأوصى أن ينفق عليهن حياتهن بتعمير بمائتى سنة.

وقال ابن المواز: التعمير فى المفقود وغيره من السبعين إلى المائة. قال عبد الله بن عبد الحكم: والمائة كثير. وتوجيه ذلك كله يأتى فى الوصايا، إن شاء الله تعالى.

فرع: فإذا قلنا بتعمير السبعين، فإن ذلك لمن فارق قبل السبعين، فإن غاب ابن سبعين، فقد روى أشهب، عن مالك: يعمر ثمانين، فإن غاب ابن ثمانين عمر تسعين، فإن غاب ابن تسعين عمر مائة، ويعمل فى كل سن بقدر ما يرى بالاجتهاد.

فصل: وأما الضرب الثالث من المفقودين فى فتن المسلمين، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: لا يضرب له أجل، ويتلوم الإمام لزوجته بقدر انصراف من انصرف وانهزم، ثم تعتد زوجته، وتتزوج، إلا أن يكون قطرًا بعيدًا عن بلده كأفريقية أو نحوها، فإنها تنتظر سنة، ونحوها. قال فى كتاب محمد: تعتد. وقال فى العتبية: ويقسم ماله.

قال سحنون: إن ثبت حضوره فى المعترك بالعدول، وإن لم يشهد بموته وتعتد زوجته من يوم المعترك، فإن كان إنما رأوه خارجًا من العسكر، ليس فى المعترك، فهو كالمفقود، يضرب له أجل المفقود.

وقال ابن حبيب: إن فقد فى معترك المسلمين فى بعد، فلتتربص امرأته سنة، ثم تعتد ويؤخر ميراثه إلى التعمير. قال أصبغ: إلا أن تكون المعركة فى موضعه، فلا تتربص أكثر من العدة، ويقسم ميراثه.

وقد قال أشهب، عن مالك، فيمن فقد بين الصفين: تربص امرأته سنة، ثم تعتد. وقال ابن القاسم: العدة داخلة فى السنة، ثم رجع، فقال: هى بعد السنة عدة الوفاة.

ووجه ذلك الحكم بالظاهر أنه إذا كان فى موضعه، فالظاهر أنه إذا فقد فى المعترك أنه مقتول؛ لأنه لو سلم لعاد إلى موضعه، وإن كان بموضع بعيد ضرب له أجل سنة؛ لأن الظاهر أنه لو سلم لسمع خبره فى السنة.

وفرق بين حرب المسليمين وحرب العدو على رواية عيسى أن العدو ذو أسر،

فينقطع خبره مع حياته، ولذلك من فقد فى بلاد الحرب، لم يضرب له أجل المفقود، ومن فقد فى بلاد المسلمين، ضرب له أجل المفقود؛ لأن الظاهر أن كل من كان فى بلاد المسلمين مطلق الدواعى متمكن من المكاتبة والمراسلة، وتتصل أخباره من بلد مقامه إلى بلد أهله بخلاف من كان فى بلاد الحرب، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، فَدَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فَلا سَبِيلَ لِزَوْجِهَا الأَوَّلِ إِلَيْهَا.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: اختلف قول مالك فى زوجة المفقود تعتد، ثم تزوج، فيقدم المفقود قبل أن يبنى بها الثانى، فقال فى الموطأ: لا سبيل للأول إليها، واختاره المغيرة.

وروى عنه أنه قال: الأول أحق بها ما لم يدخل الثانى، رواه ابن القاسم عنه، واختاره، وقال محمد: الأول أحق بها ما لم يخل الثانى بها خلوة توجب العدة، فلا شىء للأول.

وَإِنْ أَدْرَكَهَا زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تَتَزَوَّجَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا.

قَالَ مَالِك: وَأَدْرَكْتُ النَّاسَ يُنْكِرُونَ الَّذِى قَالَهُ بَعْضُ النَّاسِ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهُ قَالَ: يُخَيَّرُ زَوْجُهَا الأَوَّلُ إِذَا جَاءَ فِى صَدَاقِهَا أَوْ فِى امْرَأَتِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا خلاف أنه لا يفوت الأول قبل أن يعقد الثانى عليها، وإنما الخلاف فى فواتها بالعقد.

فصل: وقوله: **«أدركت الناس ينكرون الذى قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب أنه قال: يخير زوجها الأول إذا جاء فى صداقها أو فى امرأته»**، يحتمل وجهين، أحدهما: أنهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر، ولكنهم لا يرونه، ولا يعملون به.

وذلك أن من بنى بامرأته، ثم طرأ ما يوجب الفرقة، فلا سبيل له إلى المهر غير أن هذا لا يؤثر فيما ذكره شيوخنا من الإجماع؛ لأن الإجماع حصل فى أن يضرب لها أجل وتعتد، ثم يستبيح النكاح، ولو لم يصح ذلك كله لم يخير الزوج الآن.

والوجه الثانى: أنهم ينكرون الرواية، وهذا قد رواه عبد الرزاق، عن معمر، عن

الزهرى، عن المسور، أن عمر وعثمان قضيا فى المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرًا بعد ذلك، ثم تتزوج، فإن جاء زوجها الأول خير بين امرأته، وبين الصداق. قال الزهرى: يغرمه الزوج. وقال معمر: تغرمه المرأة.

وهذه الرواية على ما فيها من الإرسال، فلا يمتنع أن تنكر على روايتها، فإن معمرًا، قد روى بالعراق، عن الزهرى أحاديث من حفظه، وهم فى كثير منها، وقد تنكر الرواية على الثقة إذا انفرد بها، وخالف المشهور المحفوظ، والله أعلم.

مسألة: وإذا دخل بها الثانى فى نكاح فاسد، يفسخ بغير طلاق، فالأول أحق بها، وإن كان يفسخ بطلاق كنكاح المرأة بغير إذن الولى، ونكاح العبد بغير إذن سيده، فلا سبيل للأول إليها، ويجب أن يعتبر فى ذلك ما يفسخ بعد البناء دون ما لا يفسخ، والله أعلم.

فرع: وإذا فاتت على الأول بعقد الثانى عليها أو بنائه بها احتسب الأول فرقته تطليقة، وذلك أن الفرقة فى حياة الزوج لا تكون إلا لفساد فى العقد أو فساد يطرأ عليه أو طلاق، ولم يوجد ما يوجب الفسخ، فكان طلاقًا.

قَالَ مَالِك: وَبَلَغَنِى أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: فِى الْمَرْأَةِ يُطَلِّقُهَا زَوْجُهَا، وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهَا، ثُمَّ يُرَاجِعُهَا، فَلا تَبْلُغُهَا رَجْعَتُهُ، وَقَدْ بَلَغَهَا طَلاقُهُ إِيَّاهَا، فَتَزَوَّجَتْ، أَنَّهُ إِنْ دَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا الآخَرُ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فَلا سَبِيلَ لِزَوْجِهَا الأَوَّلِ الَّذِى كَانَ طَلَّقَهَا إِلَيْهَا.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِى هَذَا وَفِى الْمَفْقُودِ.

الشرح: وهذا مما اختلف فيه أيضًا، فقد قال محمد بهذا القول فى المفقود والمطلق زوجته، ولم تعلم برجعته حتى تزوجت، إن عقد الثانى عليها يفيتها.

قال ابن القاسم: ثم إن مالكًا وقف قبل موته بعام أو نحوه فى امرأة المطلق، فقال: زوجها الأول أحق بها، ما لم يدخل بها الثانى. وأما المنعى لها زوجها، فإنها ترجع للأول، وإن ولدت من الثانى أولادًا.

والفرق بين المنعى لها زوجها وبين هذين أن المنعى لها زوجها، لم يكن ذلك من قبل الزوج، ولا حكم إمام بصحة فعلها، فلذلك لم تفت على زوجها، وأما المفقود، فإن

فرقتها بحكم إمام واجتهاده، والمطلق الذى كتم رجعته سبب ذلك من قبله، والله أعلم.

مسألة: ولو كانت الزوجة أمة، فلم تعلم بالرجعة حتى وطئها سيدها، فإن ذلك يفيتها على زوجها؛ لأن وطء السيد بمنزلة وطء الزوج فى تفويتها على المفقود، والذى خفيت رجعته، رواه أشهب، عن مالك.

فصل: وقوله، رحمه الله: «**وهذا أحسن ما سمعت فى هذا**»، يقتضى أنه قد سمع خلاف هذا، ولعله أراد به ما روى أن أبا دلف طلق امرأته، ثم خرج مسافرًا، وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة، ولا علم لها بذلك حتى تزوجت، فسأل عمر عن ذلك، فقال: إن دخل بها، فهى امرأته، وإلا فهى امرأتك، ويحتمل أن يكون مالك أشار إلى هذا، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض

أما الأقراء، فمالك وأهل الحجاز يقولون: هى الأطهار. وقال أبو إسحاق: الأقراء والقروء، واحدها قرء، مثل فرع، وهو قول عائشة وابن عمر وهما من أهل اللغة، وأنشدوا قول الأعشى:

مورثة مجدًا وفى الأصل رفعة ... بما ضاع فيها من قروء نسائكا

والذى ضاع هاهنا الأطهار، قال بعض أهل اللغة: والقرء معناه الجمع ولذلك ما قرأت الناقة سلاقط، أى لم يضم رحمها جنينًا قط، وأنشدوا لعمرو بن كلثوم:

تريك إذا دخلت على خلاء ... وقد أمنت عيون الكاشحينا
ذراعى عيطل أدماء بكر ... هجان اللون لم تقرأ جنينا

وهذا يدل على أن القرء الطهر؛ لأنه فيه يكون الجمع، وأما وقت الحيضة، فليس بوقت جمع، وإنما هو وقت إراقة ودفق، ولذلك يقال: قرأت الماء فى الحوض إذا جمعته فيه، ولا يقال: الإراقة له والإرسال، والله أعلم.

ومذهب أهل الكوفة أن القرء الحيض يقال: أقراء وقروء. وقال الأصمعى: القرء الحيض، يقال: أقرأت المرأة، إذا حاضت، وقاله الكسائى والفراء. وقال الأخفش: أقرأت المرأة، إذا حاضت، وأنشدوا:

يا رب ذى ضغن على فارض لـه   قـــروء كـقـــروء الحـــائـــض

وهذا يحتمل أن يريد به الوقت. وقال أبـو إسـحاق: هـذا بـالوقت أشبه. وقـال أبـو عبيدة: القرء يصلح للطهر والحيض، وبه قال أبو إسحاق الزجاج، وإليـه ذهـب القـاضى أبو إسحاق، غير أنه قال: وهو فى الطهر أظهر.

ومع ذلك، فإنه إذا احتمل المعنيين وجدناه مستعملاً فى الشرع فى الطهـر، قـال اللـه تعالى: ﴿**فطلقوهن لعدتهن**﴾ [الطلاق: ١]، معناه فى هـذا الوقـت كمـا يقـول الرجـل، وكتب لغرة الشهر، يريد فى هذا الوقت.

ولا خلاف أنه إنما يؤمر بالطلاق وقت الطهر، فيجـب أن يكـون هـو المعتبر بـه فـى العدة، فإنه قال تعالى: ﴿**فطلقوهن لعدتهن**﴾، يعنى وقتًا تعتد به.

ثم قال تعالى: ﴿**وأحصوا العدة**﴾ [الطلاق: ١]، يريد ما تعتد به المرأة المطلقـة، وهـو الطهر الذى تطلق فيه، وقال النبى ﷺ: «مره فليراجعها، ثم ليمسـكها حتـى تطهـر، ثـم تحيض، ثم تطهر، فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء».

وذلك يقتضى أن زمان الطهر هو الذى يسمى عدة، وهو الذى يطلق فيه النساء، ولا خلاف أن من طلق فى حال الحيض، لم تعتد بذلك الحيض، ومن طلق فى حـال طهـر، فإنها تعتد عندنا بذلك الطهر، فكان ذلك أولى.

قال القاضى أبو إسحاق: ولأن الأقراء إنما شرعت للعلم ببراءة الرحم، أو لتغلب على الظن براءته، فإذا حاضت حيضة كانت من العلامـة علـى بـراءة الرحـم، فـإذا حـاضت الثانية والثالثة تأكد ما يراد من براءة الرحم، فحلت للأزواج، ولـم تنتظـر بقيـة الحيـض؛ لأن آخر الحيض أضعف من أوله، فلا معنى لمراقبته.

يدل على ذلك أن من وطئ أمته، وأراد بيعها، جاز له ذلـك بدخولهـا فـى الحيضـة، ولم يكن عليه أن يمنع من ذلك حتى تطهر.

وقال أبو عمرو بن العلاء: القرء الوقت، وهو يصلـح للطهـر والحيض، ويقـال هـذا قارى الرياح، أى وقت هبوبها، وهذا القول يقـرب مـن قـول مـن قـال: إنـه يقـع علـى الأمرين.

وقال المتأخرون من أصحابنا: إن القرء هو الخروج من طهر إلى حيـض، وقـد حكـى القاضى أبو إسحاق، عن أبى عبيدة ما يقرب من ذلك، وقال: هو خروج من شـىء إلى شىء، فخرجت من طهر إلى حيض أو من حيض إلى طهر.

فصل: الطلاق الشرعى، هو من فرقة الزوجة، يقال: طلقت المرأة، وحكى: طلقت، والمرأة طالق، وزعم بعض أهل اللغة أن الهاء سقطت من طالق؛ لأنه لاحظ التذكير فيه، وأنكر ذلك غيره من أهل اللغة.

وقال: إن مثل هذا فى لغة العرب كثير مما يشترك فيه المؤنث والمذكر، يقال بغير ضامر، وناقة ضامر، وشاغل.

وزعم سيبويه أنه وقع على لفظ التذكير صفة للمؤنث، وذلك بمعنى النسب نحو قولهم: امرأة مذكار، ورجل مذكار، يريدون ذات ذكور، وكذلك امرأة طالق، يريدون ذات طلاق، فإذا أجريته على الفعل، قلت: طالقة، قال الأعشى:

أيا جارتى بينى فإنك طالقه   كذاك أمور الناس غاد وطارقه

١١٩٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ(١) وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ النبى ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنَ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا فليمسكها حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أمسكها بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ عز وجل أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»(*).

١١٩٥ - أخرجه البخارى فى الطلاق ٥٢٥٢. مسلم فى الطلاق ١٤٧١. الترمذى فى الطلاق واللعان ١١٧٥، ١١٧٦. النسائى فى النكاح ٣٣٨٨، الطلاق ٣٣٨٩، ٣٣٩٠، ٣٣٩٤، ٣٣٩٥، ٣٣٩٦، ٣٣٩٧، ٣٣٨٩، ٣٥٥٣، ٣٥٥٤، ٣٥٥٥، ٣٥٥٦، ٣٥٥٧. أبو داود فى الطلاق ٢١٧٩، ٢١٨١، ٢١٨٢، ٢١٨٤، ٢١٨٥. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠١٩، ٢٠٢٢، ٢٠٢٣. أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٨٦، ٤٧٧٤، ٥٠٠٥، ٥١٠٠، ٥١٤٢، ٥٢٠٦، ٥٢٤٦، ٥٢٧٧، ٥٢٩٩، ٥٤٢٠، ٥٤٦٥، ٥٤٨٠، ٥٤٩٩، ٥٧٥٨، ٦٠٢٥، ٦٠٨٤.

(١) قال السيوطى: اسمها آمنة بنت غفار، وقيل اسمها النوار، وقيل بنت عمار.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣١٨/٧: هذا حديث مجتمع على صحته من جهة النقل، وقد اختلفوا فى تأويل بعض معانيه ولم يختلف أيضًا فى ألفاظه، عن نافع؛ وقد رواه عنه جماعة أصحابه، كما رواه مالك سواء؛ قالوا فيه: حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلق قبل أن يجامع، وإن شاء أمسك، فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء.

وممن قال ذلك: أيوب، وعبيد الله بن عمر، وابن جريج، والليث بن سعد، ومحمد ابن إسحاق ويحيى بن سعيد؛ كلهم، عن نافع، عن ابن عمر؛ وكذلك رواه الزهرى، عن سالم، عن ابن=

الشرح: قوله: «أن ابن عمر طلق امرأته، وهي حائض»، يحتمل أن يثبت ذلك

=عمر؛ لم يختلفوا أيضًا عليه فيه مثل رواية نافع سواء حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر – الحديث.

وكذلك رواه عطاء الخراساني، عن الحسن، عن ابن عمر – سواء مثل رواية نافع، والزهري – قاله أبو داود.

قال أبو عمر: وكذلك رواه علقمة، عن ابن عمر؛ ورواه يونس بن جبير، وعبدالرحمن بن أيمن، وأنس بن سيرين، وسعيد بن جبير، وزيد بن أسلم، وأبو الزبير كلهم، عن ابن عمر – بمعنى واحد – أن النبي ﷺ أمره أن يراجعها، حتى تطهر؛ ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك – لم يذكروا: ثم تحيض، ثم تطهر.

قال أبو داود: وكذلك رواه، عن أبي وائل، عن ابن عمر ثلاثًا في الحيض؛ لم تحل له؛ ولو جاز أن تكون الطلقة الواحدة في الحيض لا يعتد بها، لكانت الثلاث أيضًا لا يعتد بها؛ وهذا ما لا إشكال فيه عند كل ذي فهم.

أخبرنا أحمد بن محمد، وخلف بن أحمد، قالا: حدثنا أحمد بن مطرف قال: حدثنا عبيدالله بن يحيى، عن أبيه، عن الليث بن سعد، عن نافع أن عبدالله بن عمر طلق امرأته – وهي حائض – تطليقة واحدة، فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده أخرى، ثم يمهلها حتى تطهر من حيضتها؛ فإذا أراد أن يطلقها، فليطلقها حين تطهر من قبل أن يجامعها، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء. قال: وكان عبدالله بن عمر إذا سئل، عن ذلك، قال لأحدهم: إذا أنت طلقت امرأتك – وهي حائض – مرة أو مرتين فإن رسول الله ﷺ أمر بهذا؛ وإن كنت طلقتها ثلاثًا – فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجًا غيرك، وعصيت الله فيما أمرك به من طلاق امرأتك.

وروى الشافعي قال: أخبرنا مسلم بن خالد، عن ابن جريج، «أنهم أرسلوا إلى نافع – يسألونه – هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله ﷺ؟ فقال: نعم».

وحدثنا خلف بن قاسم، حدثنا عبدالله بن محمد بن المفسر، حدثنا أحمد بن علي بن سعيد القاضي المروزي، حدثنا أبو السائب، حدثنا ابن إدريس، عن عبيد الله بن عمر، ويحيى بن سعيد، عن نافع، عن ابن عمر قال: طلقت امرأتي – وهي حائض – فأتى عمر رسول الله ﷺ فذكر ذلك له؛ قال: مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر؛ ثم إن شاء طلقها قبل أن يجامعها، وإن شاء أمسك، فإنها العدة التي قال الله – عز وجل –.

قال عبيد الله: فقلت لنافع: ما فعل بتلك التطليقة؟ قال: اعتد بها.

فهذه الآثار كلها توضح لك ما قلنا عن ابن عمر، وفي قول رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها»، دليل على أنها طلقة، لأنه لا يؤمر بالمراجعة إلا لمن لزمته الطلقة؛ ولو لم تلزمه، لقال: دعه فليس هذا بشيء، أو نحو هذا. وقد روي، عن ابن عمر في هذا خبر ظاهره على خلاف ما ذكرناه، وليس كذلك لما وصفنا.

بإقرارهما أو ببينة بذلك من النساء، فإن أقرت المرأة أنها حائض، وأنكر ذلك الزوج. قال ابن سحنون، عن أبيه: هي مصدقة، ولا تكشف، ولا ينظر إليها النساء، ويجبر الزوج على الرجعة(*).

(*) اختلف العلماء في أمر رسول الله ﷺ المطلق في الحيض بالمراجعة، فقال قوم: عوقب بذلك؛ لأنه تعدى ما أمر - ولم يطلق للعدة، فعوقب بإمساك من لم يرد إمساكه حتى يطلق كما أمر للعدة. وقال آخرون: إنما أمر بذلك - قطعًا للضرر في التطويل عليها؛ لأنه إذا طلقها في الحيض، فقد طلقها في وقت لا تعتد به من قرئها الذي تعتد به فتطول عدتها؛ فنهى عن أن يطول عليها، وأمر أن لا يطلقها إلا عند استقبال عدتها.

واختلف الفقهاء في المطلق زوجته - وهي حائض، هل يجبر على رجعتها أم لا؟ فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما، والثوري، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وأحمد بن حنبل، وأبو ثور، والطبري: يؤمر برجعتها - إذا طلقها حائضًا ولا يجبر على ذلك. وقال مالك وأصحابه: يجبر على مراجعتها إذا طلقها في الحيض، أو في دم النفاس - وهو أولى لما يقتضيه الأمر من وجوب الائتمار واستعمال المأمور ما أمر به حتى يخرجه، عن جبر الوجوب دليل، ولا دليل هاهنا على ذلك، والله أعلم.

وقال داود بن علي: كل من طلق امرأته حائضًا، أجبر على رجعتها، وإن طلقها نفساء لم يجبر على رجعتها؛ وهذا إذا طلقها واحدة أو اثنتين عند جميعهم، وجملة قول مالك وأصحابه في هذه المسألة: أن الحائض والنفساء، لا يجوز طلاق واحدة منهما حتى تطهر، فإن طلقها زوجها في دم حيض أو دم نفاس - طلقة أو طلقتين، لزمه ذلك، وأجبر على الرجعة أبدا - ما لم تخرج من عدتها؛ وسواء أدرك ذلك في تلك الحيضة التي طلق فيها، أو الطهر الذي بعده، أو الحيضة الثانية، أو الطهر بعدها - إذا كان طلاقه في الحيض يجبر على رجعتها أبدا في ذلك كله - ما لم تنقض العدة؛ هذا قول مالك وأصحابه - إلا أشهب بن عبدالعزيز، فإنه قال: يجبر على الرجعة ما لم تطهر، وحتى تحيض ثم تطهر؛ فإذا صارت في الحال التي أباح له النبي ﷺ طلاقها، لم يجبر على رجعتها؛ ولا خلاف بينهم - أعني مالكًا وأصحابه - أن المطلق في الحيض - إذا أجبر على الرجعة وقضى بذلك عليه، ثم شاء طلاقها -؛ أنه لا يطلقها في ذلك الحيض، ولكن يمهل حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر؛ ثم إن شاء حينئذٍ طلق، وإن شاء أمسك على ما في الحديث؛ ولا يطلقها بعد طهرها من ذلك الدم الذي ارتجعها فيه بالقضاء؛ فإن فعل لزمه ولا يؤمر هاهنا، ولا يجبر على الرجعة، إلا ما ذكرنا عن أشهب أنه قال: يجبر على الرجعة ما لم يخرج إلى الطهر الثاني؛ قال: كيف أجبره على الرجعة في موضع له أن يطلق فيه؟..وقال الليث بن سعد: إذا أجبرته على الرجعة فطهرت من تلك الحيضة، لم أمنعه من الوطء - حتى تحيض ثم تطهر، فيطلق قبل المسيس.

قال أبو عمر: لم يختلف العلماء كلهم أن الرجل إذا طلق في طهر قد مس فيه، أنه لا يجبر على الرجعة ولا يؤمر بها وإن كان طلاقه قد وقع على غير سبيل السنة، وطلاق السنة هو الطلاق=

وجه ذلك أن هذا حكم من أحكام الحيض، فكانت المرأة مصدقة فيه كانقضاء العدة.

وروى أصبغ، عن ابن القاسم فيمن طلق، فقالت: طلقنى فى الحيض، فقال: بل طلقتك وأنت طاهر، القول قوله.

ومعنى ذلك أن تقوله بعدما طهرت، وأما إذا قالته قبل أن تقر بالطهر، فالقول قولها على ما تقدم. قال: وقد قيل إن القول قوله.

فصل: سؤال عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، عن طلاق ابنه عبد الله امرأته فى حال حيضها لما ظهر إليه من منع ذلك، أو لما سمع من النبى ﷺ فى ذلك من المنع، ولم يسمع منه حكم ما يلزم من فعل ذلك ووقع منه.

وقد قال مالك وأصحابه: لا يجوز لأحد أن يطلق امرأة فى دم حيض، ولا دم نفاس لما ذكر فى آخر الحديث من قوله ﷺ: «فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء»، وهذا يقتضى منع الطلاق فى غيرها.

مسألة: ولا يجوز له أن يصالح امرأته فى الحيض، قاله ابن القاسم وأشهب. وأما الطلاق الذى يكون بغلبة من السلطان فيمن به جنون أو جذام أو عنة أو لعدم النفقة، فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب: لا تطلق عليه فى دم ولا حيض ولا نفاس. والأمة تعتق فى الحيض، لا ينبغى أن تختار حتى تطهر، فإن فعلت مضى.

وأما المولى، فروى أشهب: لا تطلق عليه حال الحيض. وروى ابن القاسم، عن مالك: تطلق عليه.

وجه الرواية الأولى ما احتج به مالك، قال: وكيف أطلق عليه وأجبره على الرجعة.

ووجه القول الثانى أن الطلاق حق للزوجة قد وجب عليه لقوله تعالى: ﴿**للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر**﴾ [البقرة: ٢٢٦]، إلى قوله: ﴿**وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم**﴾ [البقرة: ٢٢٧].

والارتجاع بعد ذلك حق لله تعالى، فيجب أن يقضى بالحقين، وقد تقدم فى كتاب الطلاق لزوم ما يوقع من الطلاق حين الحيض، وبالله التوفيق.

=الذى أذن الله فيه للعدة - كما قال فى كتابه: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾. انظر هذه المسألة فى: التمهيد لابن عبد البر ٧/٣٢٠. وما بعدها.

مسألة: وإذا رأت الحائض القصة البيضاء، فلا يطلقها زوجها حتى تغتسل.

ووجه ذلك أن هذه حالة هي ممنوعة فيها من الصلاة، ووطء الحائض لأجل الحيض، فوجب أن يمنع الطلاق.

أصل ذلك ما دامت حائضًا، فإذا وضعت الحامل ولدًا، وبقى فى بطنها آخر، فطلقها الزوج، فقد قال الشيخ أبو عمران: إن قلنا تطلق الحامل حال الحيض، لم يجبر هذا على الرجعة، وإن قلنا بقول محمد فى المستحاضة تميز، فتطلق حال الحيض: يجبر على الرجعة، فيجرى الأمر فى هذه على تلك.

مسألة: وإذا انقطع الدم عن المرأة، فطلقها زوجها، ثم عاودها بالقرب، أجبر الزوج على الرجعة، قاله أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن.

ووجه ذلك ما فيه من تطويل العدة؛ إذ قد ظهر أنه مطلق فى وقت يضاف ما بعده من الدم إلى ما قبله، فتعد ذلك كله حيضة واحدة، كالذى طلق حال الحيض.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أنه لا يجبر على الرجعة؛ لأنه أوقع الطلاق فى وقت يجوز إيقاعه فيه، ويصح صومه، ووطء الفرج فيه، كما لو أوقعه حال طهر كامل، وقد رأيت ذلك لبعض الصقليين، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن للزوج أن يطلق الصغيرة واليائسة، أى وقت شاء، ولا يوصف طلاقهما بأنه للسنة ولا للبدعة؛ لأن حالهما واحدة ليست لهما حالان، فيختص إيقاع الطلاق بأحدهما، وإنما جميع تلك الحال وقت للعدة، فكانت وقتًا للطلاق.

مسألة: وأما غير المدخول بها، ففى طلاقها حال الحيض روايتان، إحداهما: ما روى ابن المواز، عن ابن القاسم أنه قال: لا بأس بذلك، ونهى عنه أشهب.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أنه طلاق لا يلحق به ضرر تطويل العدة كطلاق الطاهر.

ووجه قول أشهب أنه طلاق حائض، فتعلق به المنع كطلاق المدخول بها. وقد قال الشيخ أبو عمران: منع أشهب إنما هو على الكراهية، فإذا قلنا إن ذلك ممنوع، فإن طلاقها يتنوع إلى السنة والبدعة من جهة الوقت على ما تقدم.

وإن قلنا إن ذلك مباح، فلا يوصف بشىء من ذلك، فقد قال القاضى أبو محمد فى

الحامل: أنه يتخرج طلاقها حال حيضها على ما تقدم. ووجدت للقاضى أبى الحسن أن ذلك ممنوع، وللشيخ أبى عمران أن ذلك مباح، وتوجيه القول فيه على ما تقدم.

مسألة: فأما المستحاضة، فعلى ضربين، مستحاضة لا تميز، ومستحاضة تميز. فأما التى لا تميز، فحكمها حكم الصغيرة واليائسة. قال ابن شهاب: تطلق المستحاضة إذا طهرت للصلاة، قال: فجعل ذلك طهرها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أنه أراد التى تميز، ويحتمل أن يريد المستحاضة التى تميز، والتى لا تميز، فيكون طهر التى تميز الاغتسال من الحيض، ويكون طهر التى لا تميز الوضوء للصلاة، لاسيما على قول من قال من أصحابنا: إن دم الاستحاضة حدث فيه تأثير فى منع الطلاق؛ لأنه من جنس الحيض الذى يمنعه.

فصل: وقوله ﷺ: **«مره فليراجعها»**، ظاهر هذا الأمر وجوبه على عمر، رضى الله عنه، لأمر النبى ﷺ بذلك له، ويحتمل أن يكون قدمه للحكم بذلك على ابن عمر بالارتجاع، ويقتضى أمر عمر لابنه، عن أمر النبى ﷺ ولزومه له، وإن كان عمر بذلك بمعنى التقدم ليحكم عليه.

فقوله ﷺ: **«مره فليراجعها»**، الحكم عليه بذلك، وذلك لازم لكل من طلق امرأته فى حال حيضها أن يراجعها، إذا كان له عليها رجعة، فإن لم يكن له عليها رجعة؛ لأن الطلاق بائن بخلع أو استيفاء عدد الطلاق، أو طلق عليه من جنون، أو عنة، أو إعسار بنفقة.

فأما العنين، فلا رجعة له بوجه؛ لأنه طلق قبل الدخول وأما غيره، فلزوال موجب الطلاق، مثل أن يفيق المجنون، أو يوسر المعسر، أو يخف الجذام إلى حال لو كان عليه لم تطلق عليه، فقد قال ابن المواز: لكل واحد منهم الرجعة.

قال محمد: ومن طلق منهم حائضًا أجبر على الرجعة خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: يؤمر بها ولا يجبر.

ووجه ذلك ما تقدم من الحديث من قوله ﷺ: «فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء».

ومن جهة المعنى أنه مضار بتطويل العدة، فمنع من ذلك وأجبر على الرجعة.

فرع: فإن أمر بالرجعة، فامتنع منها، ففى كتاب محمد بن المواز، عن ابن القاسم

وأشهب: يهدد سواء ابتدأ الطلاق أو حنث، فإن أبى يسجنه الحاكم، فإن فعل وإلا ضرب بالسوط، ويكون ذلك قريبًا فى موضع واحد، فإن تمادى ألزمه الحاكم الرجعة، وكانت له الرجعة.

ووجه ذلك أن امتناعه من الرجعة وبقاءه على حكم الطلاق معصية، فلابد أن يجترئ على الإقلاع عنها، والخروج منها، وإلا لزم ما يجب من ذلك.

مسألة: فإن غفل عنه حتى طهرت، فعل به أيضًا، قال ابن القاسم: ما لم يخرج من تلك العدة. وقال أشهب: ما لم تطهر من تلك الحيضة، ثم تطهر، فلا تجبر.

وجه القول الأول أن هذه مدة من العدة، فأجبر المطلق على ارتجاعها. أصل ذلك الطهر الأول وزمن الحيض. وقال ابن المواز: قول ابن القاسم أحب إلينا؛ لأنها رجعة وجبت.

ووجه قول أشهب ما احتج به أنه لو ارتجع؛ لجاز له أن يطلق الآن، فلا يجبر الآن على الرجعة لانقضاء الوقت المنهى عن الطلاق فيه، وفى هذا الطهر أباح النبى ﷺ لابن عمر أن يطلق بعد أن يرتجع، فلا معنى لجبره فيه على الارتجاع.

فرع: فإن أجبر على الرجعة، ولم ينوها، فقد قال بعض البغداديين من أصحابنا: ليس له أن يستمتع بها فوق الإزار منها حال حيضها، ولو نوى الرجعة، جاز له ذلك، ورأيت للشيخ أبى عمران: هى رجعة صحيحة، وله الوطء كالمتزوج هازلاً يلزمه النكاح، وله الوطء.

مسألة: ولو لم يجبر فى الحيض الأول على الارتجاع، فلما طهرت طلقها ثانية قبل أن يراجع، قال ابن القاسم: يجبر على الرجعة.

ووجه ذلك أن الرجعة واجبة عليه بالطلاق الأول فى الحيض، فلا يسقط عنه ذلك بما زاد من الطلقة ما بقيت له فيها رجعة.

مسألة: وإن أجبر على الارتجاع، فارتجع، فلما طهرت طلقها ثانية، قال ابن القاسم: بئس ما صنع، ولا أجبره على الرجعة.

وجه كراهية طلاقه أن النبى ﷺ أمره أن يراجع، ثم يمسك حتى تطهر، ثم تحيض، وهذا عام فى إيقاع الطلاق فى الطهر الأول، وإنما لم يجبر على الارتجاع؛ لأنه ليس فى هذا الطلاق تطويل للعدة، فلم يتعلق به حق للزوجة.

فصل: وقوله ﷺ: «**مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك**»(٢)، قال شيوخنا البغداديون: معنى ذلك أن يمسكها في الطهر؛ ليتمكن من الوطء إن شاء؛ لأن مقصود النكاح المبتدأ والرجعة الوطء.

فلذلك شرع له أن يمسكها في طهر يكون له فيه الوطء إن شاء، لئلا يكون ارتجاعه لغير مقصود النكاح، فيكون على معنى الإضرار، قال الله تعالى: ﴿**ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا**﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقال تعالى: ﴿**وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحًا**﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فشرط إرادة الإصلاح في الرجعة، والله تعالى أعلم، أن يكون على سنة النكاح ومقتضاه ومقصوده.

ولفظ الرجعة يدل على وقوع الطلاق، ولو لم يقع الطلاق لقال: مره فليمسكها، هكذا روى الحديث نافع، عن ابن عمر، وهو أثبت الناس فيه، وكذلك رواه سالم، عن أبيه من رواية ابن شهاب عنه، وابن شهاب أثبت من يروى عنه، وتابعهم على ذلك جماعة.

ورواه يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وغيرهم، عن ابن عمر، وقالوا فيه: فليراجعها حتى تطهر، ثم إن شاء طلق بعد، وإن شاء أمسك.

وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة، عن سالم، عن ابن عمر، وزاد فيه: ثم إن شاء طلقها طاهرًا قبل أن يمس أو حاملاً.

وعلى كل حال، فالزيادة من العدل مقبولة لاسيما مثل هذا، وقد تابعه عليه جماعة سالم وعلقمة وعطاء الخراساني، رووا الزيادة عن ابن عمر، والنظر يعضد هذه الرواية، وبه قال مالك والشافعي، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يراجعها وإذا طهرت كان له أن يطلقها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما تقدم من الأثر والنظر، والله أعلم.

---

(٢) قال النووي: فإن قيل ما فائدة التأخير إلى الطهر الثاني فالجواب من أوجه، أحدها: لئلا تصير الرجعة لغرض الطلاق فوجب أن يمسكها زمانا كان يحل له فيه طلاقها وإنما أمسكها لتظهر فائدة الرجعة وهذا جواب أصحابنا، والثاني: أنه عقوبة له وتوبة من معصيته باستدارك، جنايته والثالث: أن الطهر الأول مع الحيض الذى طلق فيه كقرء واحد فلو طلقها في أول طهر كان كمن طلق في الحيض، والرابع: أنه نهى عن طلاقها في الطهر ليطول مقامه معها فلعله يجامعها فيذهب ما في نفسه من سبب طلاقها فيمسكها.

فصل: وقوله: **«إن شاء أمسكها، وإن شاء طلق قبل أن يمس»**، يقتضى أنه يوقع الطلاق فى طهر لم يمس فيه لما فى الطلاق فى طهر قد مس فيه من الالباس فى العدة؛ لأنها لا تدرى أتعتد بالأقراء أو بالحمل، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: **«فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء»**، معناه، والله أعلم، أن يطلق زوجته فى طهر لم يمس فيه، ولا يعقب حيضًا طلق فيه، وذلك أن من تزوج امرأة، جاز له أن يطلقها بعد ذلك فى طهر لم يمس فيه.

والذى طلق فى الحيض إذا ارتجع لو أبيح له الطلاق فى الطهر الأول؛ لاقتضى ذلك أن يطلق فى طهر مس فيه، أو يكون ارتجاعه بمضى نكاح، لا يتمكن فيه من الوطء، وذلك محظور، فلذلك منع فى أول طهر؛ ليسلم من ذلك.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يعتد عليه بالطلاق الذى يوقعه فى الحيض، رجعيًا كان أو بائنًا. قال القاضى أبو الحسن والقاضى أبو محمد: خلافًا لمن لا يعتد بخلافهم، وهم هشام بن عبد الحكم وابن علية وداود.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: **﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾** [البقرة: ٢٢٩]، إلى قوله تعالى: **﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾** [البقرة: ٢٣٠].

قال: ولم يفرق بين أن يكون الطلاق فى حال حيض أو طهر، ولا يخلو أن يريد بذلك تعالى أن الزوج يملك إيقاع هذا المقدار من الطلاق، ولم يخص حالاً دون حال، فوجب أن يحمل على عمومه، وهم يقولون: إنه لا يملك إيقاعه، أو يريد به إن وقع هذا العدد من الطلاق، لزمه، فيجب أن يحمل أيضًا على عمومه.

ودليلنا من جهة السنة أن عبد الله بن عمر قال: طلقت امرأتى وهى حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ، فتغيظ رسول الله ﷺ، ثم قال: «مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة، سوى حيضتها التى طلق فيها، فإن بدا له أن يطلقها، فليطلقها طاهرًا من حيضتها قبل أن يمسها»، قال: «والطلاق للعدة كما أمر الله عز وجل».

قال: وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها، فراجعها عبد الله بن عمر كما أمره رسول الله ﷺ.

قال القاضى أبو محمد: ففى الحديث أدلة، أحدها: أنه قال ﷺ: «مره فليراجعها». قال: وهذا لا يستعمل غالبًا فى النكاح إلا بالطلاق الذى يعتد به.

ووجه آخر، وهو أنه قال: فحسبت من طلاقها، والذى كان يحتسب به فى ذلك الزمان إنما كان النبى ﷺ، وقد شوور فى المسألة، وأفتى فيها بما امتثل، فمحال أن يعتد بها عبد الله طلقة من غير أمره ﷺ.

ودليلنا من جهة القياس أنه إزالة ملك مبنى على التغليب والسراية، فوجب أن ينفذ فى حال الطهر والحيض كالعتق.

واستدلال فى المسألة، وهو أن إيقاع الطلاق وإلزامه تغليظ، ومنعه تخفيف بدليل أنه لا يلزم المجنون والصبى والنائم والمغمى عليه؛ لأنهم غير عصاة، ويلزم السكران؛ لأنه عاص، فإذا ثبت أنه يلزم من أوقعه على الوجه المأمور به، فبأن يلزم من أوقعه على الوجه الممنوع أولى وأحرى.

١١٩٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا انْتَقَلَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ حِينَ دَخَلَتْ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ. قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَذُكِرَت ذَلِكَ لِعَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فَقَالَتْ: صَدَقَ عُرْوَةُ، وَقَدْ جَادَلَهَا فِي ذَلِكَ نَاسٌ، وقالوا: إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿**ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ [البقرة: ٢٢٨] فَقَالَتْ عَائِشَةُ: صَدَقْتُمْ، تَدْرُونَ مَا الأَقْرَاءُ، إِنَّمَا الأَقْرَاءُ الأَطْهَارُ.

١١٩٧ - فالذى عن ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا بَكْرِ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقُولُ: مَا أَدْرَكْتُ أَحَدًا مِنْ فُقَهَائِنَا إِلا وَهُوَ يَقُولُ هَذَا، يُرِيدُ قَوْلَ عَائِشَةَ رضى الله عنها.

الشرح: قوله: «إن عائشة، رضى الله عنها، انتقلت حفصة حين دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة»، يقتضى أنها تعتقد انقضاء عدتها، واستيفاء ما كان لزمها من المقام بسببها.

وهذا مبنى على ما قاله شيوخنا من أن الأقراء هى الأطهار؛ لأنه لا خلاف أن المطلقة المدخول بها مع السلامة، تعتد ثلاثة قروء؛ لقول الله تعالى: ﴿**والمطلقات يتربصن**

١١٩٦ - أخرجه فى شرح معانى الآثار ٦١/٣. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٧.

١١٩٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٨.

بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، فذهب عائشة وأكثر علماء المدينة أن الأقراء هى الأطهار، وبه قال مالك والشافعى.

وقد احتج مالك لذلك بقوله تعالى: ﴿**فطلقوهن لعدتهن**﴾ [الطلاق: ١]، فإنما تطلق فى طهر تعتد به. واحتج لذلك بحديث ابن عمر، إذ أمره النبى ﷺ أن يطلق للطهر، ثم قال ﷺ: «فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء».

غير أن آخر الطهر يجزئ عن جميعه، وتحقيق ذلك أن القرء الخروج من الطهر إلى الحيض، فإذا رأت الدم من الحيضة الثالثة، فقد كملت ثلاثة أقراء، وانقضت عدتها، وكان لها أن تنتقل من موضع اعتدادها، وقاله أشهب.

فصل: وقول عمرة: «**وقد جادلها فى ذلك ناس**»، يقتضى أن المجادلة مباحة عند الصحابة، بل هى مأمور بها إذا كانت على وجهها من القصد إلى الحق، وطلب حقيقة الحكم، فإن عائشة، رضى الله عنها، قد أتت ذلك مع جماعة من الناس، وشاع ذلك واشتهر، ولم ينكر ذلك أحد عليها، فثبت أنه إجماع.

فصل: وقولهم: «**إن الله يقول فى كتابه: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾**»، على معنى المنع لها من انتقال المعتدة بأول الحيضة الثالثة، فجاوبتهم عائشة بأن التعلق بالآية صحيح، غير أن تأويلها على غير ما ظننتم، وذلك أنكم تظنون أن الأقراء هى الحيض، وإنما الأقراء الأطهار.

وقد قال بعض أصحابنا: إن اسم القرء يقع على الطهر والحيض، إلا أنه فى الطهر أظهر، فعلى هذا يجب حمله على الطهر من وجهين، أحدهما: أنه فيه أظهر، فوجب أن يحمل على ظاهره، ولا يعدل عنه إلا بدليل.

والوجه الثانى أن الحكم الثانى إذا علق فى الشرع على اسم يتناول معنيين، تعلق بأولهما وجودًا، فإذا كان الطلاق فى زمن الطهر، فأول الأقراء الأطهار، فيجب أن يتعلق الحكم بها.

فصل: وقول عائشة لمن جادلها فى ذلك: «**أتدرون ما الأقراء، إنما الأقراء الأطهار**»، إن كانت قالت ذلك لمن ليس من أهل اللغة، فواضح؛ لأنها أعلمتهم بمقتضاه فى اللغة.

وإن كانت قالت ذلك لمن هو من أهل اللسان والعلم واللغة، فيحتمل أن تكون الأقراء واقعة فى الطهر على الحيض، فأعلمتهم أن المراد به فى الشرع: الطهر.

ويحتمل أن يكون بعض العرب يريد به الطهر، وبعضهم يريد بـه الحيض، فأعلمتهم أنه فى لغة قريش: الطهر، وأن حمله علي مقتضاه فى لغة قريش أولى؛ لأن القرآن نزل بلغتهم، والله أعلم.

فصل: وقول أبى بكر بن عبد الرحمن: «**ما أدركت أحدًا من فقهائنا إلا وهو يقول هذا**»، يريد أنه لم يدرك أحدًا من فقهاء المدينة إلا وهو يقول: إن الأقراء هى الأطهار، وهو قول أهل المدينة وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس، وهم من أهل اللغة، فيرجع إلى قولهم.

وقد روى عن عمر وعلى بن أبى طالب وأبى موسى وعبد الله: أن الأقراء: الحيض.

وقد حكى القاضى أبو إسحاق، عن أبى بكر الأثرم أن أحمد بن حنبل كان يذهب إلى ذلك، ثم رجع عنه، وقال: رأيت حديث عمر وعبد الله يختلف فى إسناده الأعمش ومنصور الحاكم، وحديث ابن المسيب، عن على ليس هو عندى سماعًا، وهو مرسل، أرسله سعيد، عن على، وحديث الحسن، عن أبى موسى منقطع؛ لأن الحسن لم يجتمع معه، والأحاديث عمن قال: الأقراء هى الأطهار قوية صحيحة، فرجع أحمد إلى هذا.

١١٩٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ وَزَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ الأَحْوَصَ هَلَكَ بِالشَّامِ حِينَ دَخَلَتِ امْرَأَتُهُ فِى الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، وَقَدْ كَانَ طَلَّقَهَا، فَكَتَبَ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِى سُفْيَانَ إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: إِنَّهَا إِذَا دَخَلَتْ فِى الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ بَرِئَتْ مِنْهُ وَبَرِئَ مِنْهَا، وَلا تَرِثُهُ وَلا يَرِثُهَا.

١١٩٩ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أن الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَسَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وأبا بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَابْنِ شِهَابٍ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا دَخَلَتِ الْمُطَلَّقَةُ فِى الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا، وَلا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا، وَلا رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا.

١١٩٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٩.

١١٩٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٠.

١٢٠٠ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، فَدَخَلَتْ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ بَرِئَتْ مِنْهُ، وَبَرِئَ مِنْهَا.

قَالَ مَالِك: وَهُوَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

١٢٠١ – مَالِك، عَنِ الْفُضَيْلِ بْنِ أَبِى عَبْدِ اللَّهِ مَوْلَى المهدى أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ كَانَا يَقُولان: إِذَا طُلِّقَتِ الْمَرْأَةُ، فَدَخَلَتْ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ بَانَتْ مِنْهُ وَحَلَّتْ.

الشرح: وقوله: **«أن الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته فى الدم من الحيضة الثالثة، وكان طلقها»**، يقتضى على مذهب مالك أنه طلقها فى حال صحته، ولو طلقها فى المرض الذى توفى منه لورثته على ما تقدم.

فصل: وقوله: **«فكتب معاوية بن أبى سفيان فى ذلك إلى زيد بن ثابت»**، على ما جرت به عادة الأمراء أو الحكام من مشاورة أهل العلم، واستدعاء فتاوى أهل المدينة فيما أشكل من المسائل بالآفاق.

فصل: وقول زيد بن ثابت، رضى الله عنه: **«إذا دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة، فقد برئت منه، وبرئ منها»**، يريد أنه انقضى ما كان بينهما من أحكام العدة من الارتجاع، والنفقة، والسكنى، والتوارث، والمنع من تزوج غيره.

١٢٠٢ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَابْنِ شِهَابٍ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ: إِنَّ عِدَّةَ الْمُخْتَلِعَةِ ثَلاثَةُ قُرُوءٍ.

١٢٠٣ – مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: عِدَّةُ الْمُطَلَّقَةِ، الأَقْرَاءُ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ.

الشرح: قولهم: **«إن عدة المطلقة ثلاثة قروء»**، يريدون التى تعتد بالأقراء، ولا خلاف فى ذلك لنص القرآن، وهو قوله تعالى: **﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾** [البقرة: ٢٢٨].

١٢٠٠ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨١
١٢٠١ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٢
١٢٠٢ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٣
١٢٠٣ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٤

ولفظ يتربصن، وإن كان لفظه لفظ الخبر، فإن المراد به الأمر، فإن خبر البارى تعالى لا يكون بخلاف مخبره، ونحن نرى من المطلقات من لا تتربص ثلاثة قروء، فدل ذلك على أنه على الأمر.

فصل: وقول ابن شهاب: «**عدة المطلقة ثلاثة قروء، وإن تباعدت**»، يريد أن بعد ما بين القرأين لا يمنع الاعتبار بها، ما لم يؤد تأخير القرء إلى حال الريبة، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

١٢٠٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ رَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ أَنَّ امْرَأَتَهُ سَأَلَتْهُ الطَّلاقَ، فَقَالَ لَهَا: إِذَا حِضْتِ فَآذِنِينِى، فَلَمَّا حَاضَتْ آذَنَتْهُ، فَقَالَ: إِذَا طَهُرْتِ فَآذِنِينِى، فَلَمَّا طَهُرَتْ آذَنَتْهُ، فَطَلَّقَهَا.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِى ذَلِكَ.

الشرح: قول الأنصارى لامرأته إذ سألته الطلاق: «**إذا حضت فآذنينى**»، يحتمل أن يكون فى طهر قد مسها فيه، وإيقاع الطلاق فيه ممنوع، فأمرها أن تؤذنه بحيضها، ليسلم طلاقه من ذلك.

فلما حاضت، قال لها: «**إذا طهرت فآذنينى**» لأن إيقاع الطلاق حال الحيض ممنوع كما تقدم، فلما طهرت أوقع الطلاق فى طهر لم يمسها فيه، ولا تعقب حيضًا، وهو الزمان الذى شرع إيقاع الطلاق فيه، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى عدة المرأة فى بيتها إذا طلقت فيه

١٢٠٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ سَمِعَهُمَا يَذْكُرَانِ أَنَّ يَحْيَى بْنَ سَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ طَلَّقَ ابْنَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَكَمِ الْبَتَّةَ، فَانْتَقَلَهَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ الْحَكَمِ، فَأَرْسَلَتْ عَائِشَةُ أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ إِلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ يَوْمَئِذٍ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، فَقَالَتِ اتَّقِ اللَّهَ وَارْدُدِ الْمَرْأَةَ إِلَى بَيْتِهَا.

١٢٠٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٥.

١٢٠٥ - أخرجه البخارى فى الطلاق ٥٣٢٢. أبو داود فى الطلاق ٢٢٩٢، ٢٢٩٥. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٣٢.

فَقَالَ مَرْوَانُ، فِي حَدِيثِ سُلَيْمَانَ: إِنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ غَلَبَنِي، وَقَالَ مَرْوَانُ فِي حَدِيثِ الْقَاسِمِ: أَوَ مَا بَلَغَكِ شَأْنُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: لا يَضُرُّكَ أَنْ لا تَذْكُرَ حَدِيثَ فَاطِمَةَ، فَقَالَ مَرْوَانُ: إِنْ كَانَ بِكِ الشَّرُّ، فَحَسْبُكِ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ مِنَ الشَّرِّ.

١٢٠٦ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ بِنْتَ سَعِيدِ بْنِ زَيْدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ نُفَيْلٍ كَانَتْ تَحْتَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ فَطَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، فَانْتَقَلَتْ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ عَلَيْهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ.

الشرح: قوله: «أن يحيى بن سعيد طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة»، يحتمل أن يكون طلقها آخر الثلاث تطليقات، فإن تلك الطلقة توصف بها البتة؛ لأن حكمها فى ذلك حكم الثلاث.

«وانتقال عبد الرحمن ابنته»، يريد من موضع عدتها، وهو موضع سكناها مع زوجها، وذلك أن السكنى، وإن كانت حقًا من حقوق الزوجية، فإن المقصود منه حفظ النسب، ولحق الله به تعلق، فيغلظ لذلك، فليس للزوجة إسقاطه.

وقد قال مالك: للمبتوتة السكنى على زوجها فى العدة، ويحبس، ويباع عليه فيه ماله. ومعنى ذلك أن هذا حق على الزوج، وإن كان له مال يؤخذ به كما يؤخذ بسائر الحقوق اللازمة.

مسألة: فإن لم يكن له مال، فقد قال مالك: إن استيقن أنه لا شيء له، فذلك عليها. ومعنى ذلك، والله أعلم، أنه يسقط عنه حق السكنى والنفقة؛ لأنه إنما يجب ذلك عليه بشرط اليسار والغنى، ويسقط مع العدم.

فيكون عليها أن تسكن نفسها كما يكون عليها أن تنفق على نفسها، وهذا فى المدخول بها التى يوطأ مثلها، وإن كانت غير مدخول بها لم يكن لها سكنى فى وفاة ولا طلاق، صغيرة كانت أو كبيرة، قاله مالك فى الموازية.

مسألة: وإن كانت أمة، فقد قال ابن المواز: لم يختلف أصحابنا أن لها السكنى فى الفراق، كان الزوج حرًا أو عبدًا، إذا بوئت بيتًا.

١٢٠٦ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٧.

قال مالك: وتعتد الأمة حيث كانت، إن كان الزوج يأتيها عند أهلها اعتدت عندهم، وإن كانت عندهم بالنهار، وتبيت عند زوجها بالليل، اعتدت فى منزله. قال أشهب: إن كان ينفق عليها، فعليه السكنى، وإلا فلا.

ووجه قول مالك أن سكنى العدة معتبرة بالسكنى حال الزوجية، ويتعين فى موضعه، فإذا لم يكن لها سكنى فى حال الزوجية وقت كمال النكاح؛ فبأن لا يجب لها حال الفراق، وهو وقت إسلام النكاح، أولى وأحرى.

ووجه قول أشهب أن السكنى حكم يجب بالزوجية كالنفقة، فإذا اقتضت الزوجية ثبوت إحداهما، اقتضت الأخرى، وإذا لم تقتضه لم تقتض الأخرى، والله أعلم.

مسألة: وأما الصغيرة التى لا يوطأ مثلها، فلا سكنى لها فى الطلاق، وإن كان قد بنى بها زوجها، قاله مالك؛ لأنه لا عدة عليها، ويدلك على ذلك أنه ليس لذلك البناء حكم البناء فى عدة، ولا كمال صداق، ولا وجوب سكنى، ولا نفقة، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت أن للمعتدة السكنى، فلا تبيت فى غير بيتها، ولها أن تخرج نهارًا خلافًا لأبى حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن الذى تضمنه النص الإسكان قال الله تعالى: ﴿**أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم**﴾ [الطلاق: ٦]، والخروج بالنهار لا ينافى السكنى، فلم تمنع من ذلك، ولأن فى منعها من التصرف إضرارًا بها، فليس كل النساء لها من يتصرف لها.

فصل: وقوله: «**فنقلها عبد الرحمن بن الحكم**»، يريد قبل انقضاء عدتها، «**فأرسلت عائشة إلى مروان بن الحكم: اتق الله، ورد المرأة إلى بيتها**»، إنكارًا منها لانتقالها من بيتها قبل انقضاء عدتها؛ لأن ذلك عند عائشة واجب عليها، تجبر عليه إن أبته.

وهذا معنى قولها: «**رد المرأة إلى بيتها، وهو أمير المدينة يومئذ**»، ولو كانت الزوجة لا تجبر على المقام فى بيت سكناها مدة العدة، لما خاطبت بذلك من إليه حكم المدينة، وإنما كانت تخاطب به المرأة فى خاصتها، وتعلمها أن ذلك أفضل لها.

وذلك أن انتقالها لا يخلو أن يكون بعذر أو بغير عذر، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إذا خافت الزوجة المعتدة من وفاة زوجها سقوط البيت، أو كانت بقرية ليس فيها مسلمون، وتخاف على نفسها اللصوص وما أشبه ذلك مما لا يؤمن عليها فى نفسها، فلها أن تتحول، وأما غير ذلك، فلا تتحول.

ولو كانت فى مصر من الأمصار، فخافت جار سوء، فقد قال ابن القاسم: ترفع أمرها إلى السلطان؛ لأن مالكًا قال: لا تنتقل إلا لأمر لا تستطيع القرار عليه، والمدينة بخلاف القرية.

ومعنى ذلك أن المدينة فيها من ترفع أمرها إليه، ويكفيها من تتقيه من الجار السوء وغيره، والقرية فى الغالب ليس فيها سلطان، ولا يمنع المتعدى من التعدى، فإذا خافت على نفسها، انتقلت عنها.

فصل: وقول عائشة، رضى الله عنها، لما اعترض مروان بحديث فاطمة بنت قيس وانتقالها إلى منزل ابن أم مكتوم: «**لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة**»، تريد أن حكم فاطمة غير حكم هذه، لما اعتقدت أن فاطمة بنت قيس إنما انتقلت؛ لأن منزلها كان غير مأمون.

واعتقد مروان أنه إنما جاز خروجها لما كان بينها وبين زوجها وذويه من الشر، على ما روى عن سعيد بن المسيب أن فاطمة كانت لسنة، فلذلك قال: «**إن كان بك الشر، فحسبك ما بين هذين**»، إن أبلغ ذلك فى قصة فاطمة بنت قيس هذين منه ما فيه كفاية.

وقد أنكر عبد الله بن عمر على بنت سعيد بن زيد انتقالها حين طلقها عبد الله بن عمر، ويقتضى ذلك أن انتقالها كان لغير عذر، والله أعلم.

مسألة: فإذا انتقلت لغير عذر، فأراد الزوج أن ينقلها إلى موضع، وأرادت هى غيره، ففى المدونة: إن لم يكن على الزوج فى ذلك ضرر من كثرة كراء ولا سكنى، فالقول قولها.

ووجه ذلك أنها التى تختص بالسكنى، فإذا لم يكن على الزوج فيما تختاره ضرر، لم يكن له صرفها عنه؛ لأن ذلك من وجه الإضرار بها، ومقتضى ذلك أن عقد الكراء للزوجة، وإنما على الزوج أداء الكراء كسائر النفقات.

مسألة: وحكم المنزل الذى تنتقل إليه حكم الذى انتقلت منه من ملازمتها حتى تنقضى عدتها فيه؛ لأنه بدل من الدار التى انتقلت عنها، فكان حكمه حكمها.

مسألة: وليس للمرأة أن تنتقل من موضع عدتها بغير عذر، فإن انتقلت أجبرها السلطان على الرجوع؛ لأنه حق من حقوق الزوج والولد المرتقب، وقد تغلظ لحق الله تعالى، فليس لأحد إسقاطه.

١٢٠٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَةً لَهُ فِي مَسْكَنِ حَفْصَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ وَكَانَ طَرِيقَهُ إِلَى الْمَسْجِدِ، فَكَانَ يَسْلُكُ الطَّرِيقَ الأُخْرَى مِنْ أَدْبَارِ الْبُيُوتِ كَرَاهِيَةَ أَنْ يَسْتَأْذِنَ عَلَيْهَا حَتَّى رَاجَعَهَا.

الشرح: قوله: «**طلق امرأته فى مسكن حفصة**»، يريد أنه كان مسكنها فى دار حفصة أو فى دار فيه سكنى حفصة، وكان ذلك المسكن طريق عبد الله بن عمر إلى المسجد، إما لأن سكان تلك الدار وأربابها أباحوا له ذلك؛ لأن ذلك أرفق به، أو لأنه كان له فيها الممر باستحقاق رقبة الممر، أو استحقاق منفعته بين يدى البيوت التى كانت تسكن فى بعضها هذه المطلقة.

فلما طلق عبد الله بن عمر هذه الزوجة استحقت الاعتداد فى ذلك المسكن، ترك أن يمر بين يدى تلك البيوت، وسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت.

وهذا يقتضى أنه كان هناك طريقان، إحداهما بين يدى تلك البيوت، والثانية من أدبارها، فكان يأخذ على طريق أدبار البيوت، لئلا يكشف على هذه المرأة المطلقة أو يتكلف الاستئذان عليها؛ لأنه كان لا يستبيح النظر إليها لكونها مطلقة، وإن كانت رجعية.

وقد اختلف قول مالك فى دخول المطلق على الزوجة الرجعية، ففى المدونة، قال مالك، أولاً فى المطلقة الرجعية: لا بأس أن يدخل عليها مطلقها، ويأكل معها إذا كان معها من يتحفظ بها.

وقد زاد على هذا أبو حنيفة: لا بأس أن تتزين له، وأن تتطيب، ثم قال مالك: لا يدخل عليها، ولا يرى شعرها، ولا يأكل معها، حتى يراجعها، وهذا الذى رواه ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: أنه لا يدخل عليها بإذن ولا بغير إذن، وبه قال الشافعى والأوزاعى.

وجه القول الأول أنها لم تحرم عليه، وكان يجب على هذا الأصل أن يكون الاستمتاع بها رجعة، وإن لم ينو ذلك، وإلا وقع النظر إليها، والالتذاذ بها ممنوعًا محظورًا.

١٢٠٧ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٦/٣٢٤. الأثر ٥٩٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٨.

ووجه القول الثانى أنها قد حرم عليه الاستمتاع بها، والتلذذ بشىء منها، فلا يجوز له النظر إليها؛ لأن الطلاق قد أفاد تحريم ذلك، وإلا لم يكن له تأثير كالبائن، وإنما له فيها الرجعة وإزالة التحريم بالرد إلى الزوجية.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، فليس للمطلق أن يتلذذ بشىء منها، وإن كان يريد الارتجاع، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه على المنع، فلا يجوز له شىء من ذلك إلا بشرط تقديم الرجعة، ولذلك لما لم تجز الصلاة إلا بطهارة، لم يجز لمن يريد الصلاة أن يصلى حتى يتطهر.

مسألة: ولا يساكنها، وإن كان معها، انتقل عنها، ولا يكون معها فى موضع ينغلق عليه وعليها، سواء كانت رجعية أو بائنة، قاله مالك.

ووجه ذلك أن الاستمتاع بها محرم، فلم يجز أن يساكنها كالأجنبية.

١٢٠٨ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ يُطَلِّقُهَا زَوْجُهَا، وَهِيَ فِي بَيْتٍ بِكِرَاءٍ عَلَى مَنِ الْكِرَاءُ؟ فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: عَلَى زَوْجِهَا، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ زَوْجِهَا؟ قَالَ: فَعَلَيْهَا، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهَا؟ قَالَ: فَعَلَى الأَمِيرِ.

الشرح: «**سؤاله عن المرأة المطلقة فى بيت بكراء**»، يريد التى قد دخل بها زوجها، وكان الطلاق رجعيًّا، فقال سعيد: «**الكراء على الزوج**»، يريد كراء العدة.

وأما كراء السكنى فى مدة الزوجية، فلا يسئل عن مثله؛ لاتفاق الجميع على أن السكنى مدة الزوجية على الزوج، وأما فى مدة العدة، فإن كان الطلاق رجعيًّا أو بائنًا، فالكراء على الزوج، ولا خلاف بين الفقهاء فى الطلاق الرجعى، وإن اختلفوا فى البائن.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم**﴾ [الطلاق: ٦]، والأمر يقتضى الوجوب، وإنما خوطب بذلك من طلق، وكان الإنفاق والسكنى لازمين للزوج قبل الطلاق.

١٢٠٨ – أخرجه ان أبى شيبة فى المصنف ١٨٢/٥. الأثر ٥٩٤. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٩.

فلما أمر بالسكنى بعد الطلاق، علم أن حكمه بعد الطلاق غير حكم الإنفاق؛ لأن للزوجة إسقاط النفقة قبل الطلاق وبعده، وليس لها إسقاط السكنى، ولا نقله عن محله.

وقد روى عن عمر وعبد الله بن مسعود: أن المبتوتة لها النفقة مع السكنى، روى ذلك عن إبراهيم، عن الأسود، عن عمر، رضى الله عنه، قال: المطلقة ثلاثًا لها السكنى والنفقة، ولا نجيز قول امرأة فى دين المسلمين.

وهذا الذى قد روى عن إبراهيم أنه قال: المطلق ثلاثًا يجبر على النفقة، فلعل الذى روى عن عمر إنما أراد به الحامل، ولذلك قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندرى أصدقت أم نسيت.

والذى فى كتاب الله تعالى للمطلقة إنما هو السكنى، وأما النفقة، فتختص بالحامل، قال الله تعالى: **﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾** [الطلاق: ٦].

مسألة: وقد ذهبت طائفة إلى أنها ليس لها سكنى، ولا نفقة. ومذهب مالك، رحمه الله، وجمهور فقهاء الأمصار أن لها السكنى دون النفقة.

والدليل على ذلك الآية المتقدمة **﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾** وما روى من حديث فاطمة بنت قيس، فإنما وقعت المنازعة بينها وبين من أوصل إليها النفقة عن زوجها فى النفقة خاصة؛ لأنها أسخطت ما أنفذ إليها، فقال لها ﷺ: «ليس لك عليه نفقة»، وكانت بائنًا، وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم.

وهذا يقتضى أن السكنى تلزمها بسبب العدة، ولو كان لحاجة وضرورة، لم يخص ذلك بالعدة؛ لأن تخصيصه هذه السكنى بالعدة، يقتضى الانتقال عنه بعد العدة، فثبت أنه سكنى تجب عليها، ولها بالعدة.

فصل: إذا ثبت ذلك، فقوله: **«فإن لم يكن لزوجها مال، فعليها»**، يريد، والله أعلم، عليها كراء بقية مدة العدة، ولا يكون لها أن تنتقل، إن كان عندها ما تدفعه فى كراء المسكن، بين ذلك أنه قال: **«فإن لم يكن عندها، فعلى الأمير»**، ولو لم يرد ذلك؛ لقال: فإن لم يكن عند الزوج، ذهبت حيث شاءت، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى نفقة المطلقة

١٢٠٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ مَوْلَى الأَسْوَدِ بْنِ سُفْيَانَ، عَنْ أَبِى سَلَمَةَ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ أَبَا عَمْرِو بْنَ حَفْصٍ[1] طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكِيلُهُ بِشَعِيرٍ، فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكِ عَلَيْنَا مِنْ شَىْءٍ، فَجَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ، وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِى بَيْتِ أُمِّ شَرِيكٍ، ثُمَّ قَالَ: تِلْكَ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا أَصْحَابِى، اعْتَدِّى عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى، تَضَعِينَ ثِيَابَكِ عِنْدَهُ، فَإِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِى، قَالَتْ: فَلَمَّا حَلَلْتُ، ذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِى سُفْيَانَ وَأَبَا جَهْمِ ابْنَ هِشَامٍ خَطَبَانِى، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ، فَصُعْلُوكٌ لا مَالَ لَهُ، انْكِحِى أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ» قَالَتْ: فَكَرِهْتُهُ، ثُمَّ قَالَ: «انْكِحِى أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ» فَنَكَحْتُهُ، فَجَعَلَ اللَّهُ فِى ذَلِكَ خَيْرًا وَاغْتَبَطْتُ بِهِ.

الشرح: قوله: **«أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة»**، تريد آخر طلقة كانت بقيت له فيها، وقد بين ذلك فى رواية الزهرى، عن عبيدالله بن عبد الله أن أبا عمرو بن حفص أرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها.

وقولها: **«وهو غائب بالشام»**، تريد غائبًا عنها، فأنفذ إليها طلاقها، ثم إن وكيله أرسل إليها بشعير عن نفقتها، فسخطته، ولم ترض ذلك لما اعتقدت أن لها عليه النفقة،

١٢٠٩ - أخرجه مسلم فى الطلاق ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢. الترمذى فى النكاح ١١٣٥، الطلاق واللعان ١١٨٠، البيوع ١٢١٤، ١٢٥٩. النسائى فى الزكاة ٢٥٩٢، النكاح ٣٢٢٠، ٣٢٣٥، ٣٢٤٢، ٣٢٤٣، ٣٢٧٤، ٣٢٨٩، ٣٢٩٦، ٣٢٩٧، الطلاق ٣٤٠١، ٣٤٠٢، ٣٤١٦، ٣٤٥٧، ٣٤٥٨، ٣٤٥٩، ٣٤٧٢، ٣٥٤٣، ٣٥٤٤، ٣٥٤٥، ٣٥٤٦، ٣٥٤٧، ٣٥٤٩، ٣٥٥٠، الأحباس ٣٦٠٣، ٣٦٠٤، ٣٦٠٦، ٣٦٠٨، ٣٦٠٩. أبو داود فى الطلاق ٢٢٨٤، ٢٢٨٩، ٢٢٩٠، ٢٢٩٢، ٢٢٩٥، الجهاد ٢٦٥٦، ٢٦٦٢، ٢٦٦٣، ٢٦٦٤. ابن ماجه فى النكاح ١٨٧٩، الطلاق ٢٠٢٤، ٢٠٣٢، ٢٠٣٤، ٢٠٣٥، ٣٠٣٦، ٢٠٤٥، ٢٠٤٦. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٦٥٦٠، مسند القبائل ٢٦٧٧٥، ٢٦٧٧٩، ٢٦٧٨١، ٢٦٧٨٧. الدارمى فى الطلاق ٢٢٧٤، ٢٢٧٥، ٢٢٧٨.

(١) قال النووى: هكذا قاله الجمهور وقيل أبو حفص بن المغيرة واختلفوا فى اسمه قال الأكثرون على أن اسمه عبد الحميد، وقال النسائى: اسمه أحمد، وقال آخرون: اسمه كنيته.

فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال لها: «**ليس لك نفقة**»، وهذا بين فى أن المطلقة المبتوتة غير الحائل لا نفقة لها خلافًا لأبى حنيفة والثورى فى قولهما: لكل مطلقة النفقة فى العدة، وإن كانت مبتوتة حاملاً.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «ليس لك نفقة».

ومن جهة المعنى أنها بائن بالطلاق، فلم تجب النفقة كغير المدخول بها.

مسألة: وإن كانت حاملاً، فلها النفقة، قال الله تعالى: ﴿**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**﴾ [الطلاق: ٦]، وهذه رواية أبى سلمة بن عبد الرحمن، وهى أصح من رواية أهل الكوفة، الشعبى وغيره عنها، أن رسول الله ﷺ قال: «لا نفقة لك ولا سكنى»(*).

وإنما هو تأويل ممن روى ذلك أو روى عنه على المعنى دون لفظ الحديث لما أمرها رسول الله ﷺ أن تعتد فى بيت أم شريك أو عبد الله بن أم مكتوم وأبو سلمة بن عبد الرحمن نقل كل واحد من الحكمين على وجهين، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ فى أم شريك: «**تلك امرأة يغشاها أصحابى، اعتدى عند ابن أم مكتوم**»، يقتضى اختصاص هذه السكنى بمدة العدة، وأنها أمر لازم لها وبدل من الاعتداد فى بيت زوجها.

وقد روى أن ذلك كان لبذاء فى لسانها. وقد قال سعيد بن المسيب لما سأله ميمون ابن مهران عن المطلقة ثلاثًا أين تعتد؟ فقال: فى بيت زوجها. فقال ميمون: فأين حديث فاطمة بنت قيس؟ فقال له سعيد: تلك امرأة فتنت الناس، إنها كانت لسنة.

قال القاضى أبو إسحاق: إن البذاء والشر العظيم بين المرأة وزوجها مما يقتضى إخراجها من مسكنه إلى غيره، وتعلق فى ذلك بقوله تعالى: ﴿**لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾ [الطلاق: ١]، وهذا يقتضى أن من هذه الفاحشة المبيحة للخروج ما ليست بمبينة.

وليس كذلك الزنى فى قول من قال: إن الفاحشة الزنى؛ لأن أمر الزنى واحد إذا

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٨٠. الترمذى حديث رقم ١١٨٠. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٥٤٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٨٩، ٢٢٩٠. ابن ماجه حديث رقم ١٨٦٩، ٢٠٣٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٧٨٧.

غابت الحشفة وجب الرجم، وإلى هذا ذهب ابن عباس، وقال: الزنى الفاحشة، كما يقولون أخرجت فرجمت، وإنما الفاحشة النشوز، وسوء الخلق، والله أعلم.

وقال القاضى أبو محمد: إذا أكثر مثل هذا من النشوز بينهما والأذى، ولم يطمع فى إصلاحه، انتقلت المرأة إلى مسكن غيره.

وقد روى ابن أبى الزناد، عن عائشة، رضى الله عنها، فى قصة فاطمة بنت أبى قيس، أنها كانت فى مكان وحش، فخيف على ناحيتها، فلذلك ترخص لها رسول الله ﷺ.

وقال القاضى أبو إسحاق: وهذا الذى رواه ابن أبى ذئب مما يبيح للمرأة إذا وقع، أن تنتقل من ذلك الموضع إلى غيره كما قيل فى البدوية المعتدة أنها تستوى مع أهلها حيث استووا فى الجملة، فإن هذه الأقوال كلها تدل على أنه لا يباح لها الانتقال إلا لعذر، وإن اختلفوا فى تعيين العذر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«رجل أعمى تضعين ثيابك عنده»**، يقتضى أنه يشق على المرأة القعود على حالة يباح للناس النظر إليها معها، وأنه لا يجوز لها الخروج عنها مع نظر الناس إليها، والمكفوف الأعمى لا ينظر إليها، فلا حرج فى ترك ستر شعرها، وغير ذلك مما لا يباح للرجل أن ينظر إليه من غير ذى محرمه.

ويقتضى ذلك أنه ليس على النساء حرج فى النظر إلى الرجل على غالب أحواله التى يكون عليها جالسًا ومتصرفًا بين الناس؛ لأنه إنما راعى ﷺ إزالة الحرج عنها فى التستر؛ لكونه أعمى، وكانت هى بصيرة، فلم ينكر نظرها إليه.

وقد روى نبهان مولى أم سلمة، عن أم سلمة: كنت أنا وميمونة جالستين عند رسول الله ﷺ، فاستأذن عليه ابن أم مكتوم الأعمى، فقال: احتجبا منه، فقلنا: يا رسول الله، أليس بأعمى لا يبصرنا، فقال: «أفعمياوان أنتما»(*).

غير أن نبهان مولى أم سلمة غير معروف، ولم يرو عنه غير هذا الحديث، وحديث آخر، وحديث فاطمة صحيح، وروى عنه حديث آخر منكر أيضًا.

وروى عن أم سلمة، عن النبى ﷺ فى المكاتب: «إذا كان عنده ما يؤديه فى كتابته احتجبت منه سيدته».

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ٢٧٧٨. أبو داود حديث رقم ٤١١٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٩٩٧.

وعلى أنه قد قال أبو داود السختيانى: حديث نبهان خاص لأزواج النبى ﷺ؛ لأن النبى ﷺ قال لفاطمة بنت قيس: «اعتدى عند ابن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده»(*)، والأظهر عندى أن الحديث غير ثابت.

ويحتمل أن يكون ذلك للضرورة مع كونه ممنوعًا مع عدمها، ويحتمل أن يكون ذلك؛ لأن الرجل له عورة مخصوصة، فإذا سترها لم يحرم النظر إليه، وجميع المرأة عورة إلا وجهها وكفيها، فإذا كشفت بعض ذلك، ولم يكن ثم من ينظر إليها، جاز لها ذلك، ولم يجز فى موضع يكون فيه من ينظر إليها؛ لأنه ناظر إلى عورة منها والوجه والكفان.

وإن قلنا ليسا بعورة منها، فإنه لا يجوز لأجنبى النظر إليهما إلا على وجه مخصوص، فحكم المنع متعلق بها والإباحة مختصة بها فى حكم الأجنبى، فذلك منها كجميع جسد الرجل، خلا ما يوصف بالعورة منه على وجه التغليظ والتخفيف، فيجوز للمرأة أن تنظر إليه على وجه ما.

وأما قوله تعالى: ﴿**قل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن**﴾ [النور: ٣١]، فيحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن العورات، ويحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن النظر على وجه مخصوص من الالتذاذ بالنظر إلى الأجنبى، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «**فإذا حللت فآذنينى**»، يريد إذا انقضت عدتك، فأعلمينى. قال ابن وضاح: فيه التعريض بالخطبة فى العدة، فلما انقضت عدتها أعلمته أن معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم بن هشام خطباها، وهو أبو جهم بن حذيفة بن غانم العدوى، وأبو جهم بن هشام، انفرد به يحيى بن يحيى، وهو وهم، والله أعلم، ويحتمل أن يكون ذلك عند انقضاء عدتها.

وقوله ﷺ: «**أما أبو جهم، فلا يضع عصاه عن عاتقه**»(٢)، يحتمل أن يريد أن فيه شدة على النساء، وكثرة تأديب، وهذا اللفظ وإن كان لابد أن يضع عصاه عن عاتقه وقت نومه وأكله، فصحيح على مقاصد العرب فى كلامها؛ لأنه لم يريد بذلك إلا المبالغة فى وصفه بما هو عليه من ذلك.

(*) انظر تخريج الحديث قبل السابق.

(٢) قال النووى: فيه تأويلان مشهوران أحدهما: أنه كثير الأسفار، والثانى: أنه كثير الضرب للنساء، وهذ أصح، والعاتق ما بين المنكب والعنق وفيه استعمال المجاز للغلم بأنه كان يضع العصا عن عاتقه فى حال نومه وأكله وغيرهما ولكنه كان كثير الحمل للعصا أطلق عليه هذا اللفظ مجازًا.

فصل: وقوله ﷺ: «**وأما معاوية، فصعلوك لا مال له**»، وراعى فى ذلك حاجة النساء إلى المال يكون عند الزوج لما لهن عليه من النفقة والكسوة وغير ذلك، ويحتمل أن تكون أوردت ذلك على سبيل المشورة، وتفويض الاختيار إليه، فنصحها، وذكر لها ما علم من حال كل واحد منهما مما تحتاج هى إلى معرفته لتعلق ذلك بمنافعها ومضارها، وفعل ذلك النبى ﷺ لما يجب عليه من النصح للنساء والرجال، وأهل الحاجة والضعف.

قال ابن وضاح فى قوله ﷺ: «**انكحى أسامة بن زيد**»، فيه إنكاح الموالى القرشيات؛ لأن فاطمة بنت قيس قرشية، وأسامة بن زيد مولى، وجاز له ذلك، ولم يره من الخطبة لما لم يوجد ركون إلى واحد منهما، ولا تسمية صداق يدل على أنها لم تركن إلى أحدهما أنها إنما ذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها، ولم تذكر ركونًا إلى أحدهما، ولو كان منها ركون إلى أحدهما لذكرته دون الآخر، وهذه حالة يجوز فيها الخطبة على خطبة غيره، فخطبها لأسامة بن زيد.

فصل: وقولها: «**فكرهته**»، تريد أنها كرهت نكاحه لمعنى من المعانى، ولعلها كرهت ذلك لكونه من الموالى، وكانت العرب تكره ذلك، وتترفع عنه، فأعاد عليها النبى ﷺ أن تنكح أسامة بن زيد لما علم فى ذلك من المصلحة لها، ولما أراد أن يبين من جواز إنكاح القرشيات الموالى.

قالت: «**فنكحته، فجعل الله فى ذلك خيرًا كثيرًا واغتبطت به**»، تريد أنها عرفت حسن العاقبة فى اتباع رأى النبى ﷺ، ونكاحها أسامة بن زيد، وإن كانت كرهته أولاً، وقد قال الله تعالى: ﴿**فعسى أن تكرهوا شيئًا ويجعل الله فيه خيرًا كثيرًا**﴾ [النساء: ١٩].

١٢١٠ - مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: الْمَبْتُوتَةُ لا تَخْرُجُ مِنْ بَيْتِهَا حَتَّى تَحِلَّ، وَلَيْسَتْ لَهَا نَفَقَةٌ إِلا أَنْ تَكُونَ حَامِلا، فَيُنْفَقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «**المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل**»، على ما قدمناه من وجوب السكنى لها، وقد قال تعالى: ﴿**واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾ [الطلاق: ١].

١٢١٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩١.

وقال بعض شيوخنا: إن ذلك في الرجعية لقوله تعالى في آخر الآية: ﴿**لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا**﴾ [الطلاق: ١]، وأن قوله: ﴿**أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم**﴾ [الطلاق: ٦]، في البائنات؛ لقوله تعالى: ﴿**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**﴾ الطلاق: ٦]، وذلك أنه خصص النفقة عليهن بالحمل، والرجعيات لهن النفقة، وإن لم يكن حوامل، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى عدة الأمة من طلاق زوجها

قَالَ مَالِك: الأمْرُ عِنْدَنَا فِي طَلاقِ الْعَبْدِ الأمَةَ إِذَا طَلَّقَهَا، وَهِيَ أَمَةٌ، ثُمَّ عَتَقَتْ بَعْدُ، فَعِدَّتُهَا عِدَّةُ الأمَةِ لا يُغَيِّرُ عِدَّتَهَا عِتْقُهَا، كَانَتْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ أَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، لا تَنْتَقِلُ عِدَّتُهَا(١).

قَالَ مَالِك: وَمِثْلُ ذَلِكَ الْحَدُّ يَقَعُ عَلَى الْعَبْدِ ثُمَّ يَعْتِقُ بَعْدَ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَإِنَّمَا حَدُّهُ حَدُّ عَبْدٍ.

الشرح: وهذا على ما قال أن عتق الأمة في العدة لا يغير عدتها، وسواء كان طلاقًا بائنًا أو رجعيًا، فإنها تتمادى على عدة الأمة، وذلك إنما يراعى في عدتها وقت وجوبها لوقوع الطلاق عليها.

فلا يغير حكمها ما طرأ بعد ذلك عليها، كالحد يجب عليها من زنا، أو قذف، أو شرب خمر، يجب عليها، وهى أمة، ثم تعتق، فإنها لا يغير عتقها ما وجب عليها من الحد، ولا يستوفى منها إلا حد أمة.

وفرق بين ذلك وبين الأمة يطلقها زوجها طلاقًا رجعيًا، ثم تعتق في العدة، ثم يموت زوجها، فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة عدة الحرة، ولو كان طلاقًا بائنًا لم تنتقل إلى عدة وفاة.

والفرق بينهما أن عدة الوفاة تلزمها في الطلاق الرجعى؛ لأنها حكم من أحكام الزوجية كالتوارث ولحوق الطلاق والظهار وغير ذلك، وهى باقية بينهما في الطلاق الرجعى دون البائن، وإنما وجبت عليها عدة الوفاة، وهى حرة، فتلزمها عدة الحرة.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٩٢.

وليس كذلك الأمة المطلقة، فإنه قد وجب عليها العدة بالطلاق، ولم يجب عليها عدة بالعتق، فلذلك لم تنتقل إلى عدة الحرة، والله أعلم.

وقال الشافعي: تنتقل إلى عدة الحرة إذا كان الطلاق رجعيًا، واختلف قول أبي حنيفة في الطلاق البائن، فقال: لا تنتقل إلى عدة الحرة، وقال أيضًا: تنتقل. وقال الطحاوي: هو القياس.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما قدمناه.

مسألة: ولو مات عن الأمة زوجها، ثم عتقت، لم تنتقل إلى عدة الحرة؛ لأن العدة لزمتها، وهي أمة، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: تنتقل في الطلاق الرجعي.

والدليل على ما نقوله أن العدة يلزم تمامها على الصفة التي وجبت عليها، ولا يؤثر ذلك في عتقها.

قَالَ مَالِك: وَالْحُرُّ يُطَلِّقُ الأَمَةَ ثَلاثًا، وَتَعْتَدُّ بِحَيْضَتَيْنِ، وَالْعَبْدُ يُطَلِّقُ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَتَيْنِ، وَتَعْتَدُّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن الحر في الأمة له ثلاث تطليقات؛ لأن الطلاق والاعتداد بالأقراء يعتبر فيهما الرق والحرية، فيعتبر الطلاق بحال الرجال؛ لأنه حكم من أحكامهم، وتعتبر الأقراء بحال النساء؛ لأن الأقراء مختصة بهن، موجودة فيهن.

وقال أبو حنيفة: الطلاق معتبر بالنساء، فتطلق الحرة ثلاث تطليقات، وإن كان زوجها عبدًا، وتطلق الأمة تطليقتين، وإن كان زوجها حرًا، وقد تقدم الكلام في ذلك بما يغني عن إعادته.

قَالَ مَالِك فِي الرَّجُلِ تَكُونُ تَحْتَهُ الأَمَةُ، ثُمَّ يَبْتَاعُهَا، فَيَعْتِقُهَا: إِنَّهَا تَعْتَدُّ عِدَّةَ الأَمَةِ حَيْضَتَيْنِ مَا لَمْ يُصِبْهَا فَإِنْ أَصَابَهَا بَعْدَ مِلْكِهِ إِيَّاهَا قَبْلَ إعتاقها، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا إِلا الاسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ.

الشرح: قوله: **«تكون عنده الأمة، ثم يبتاعها»**، قد تقدم أن ملك اليمين يوجب فسخ النكاح؛ لأنه أقوى لاشتماله على الرقبة والمنافع، فمن اشترى زوجته، فقد انفسخ النكاح، وحلت له بملك اليمين.

فإن اشتراها قبل أن يدخل بها، ثم أعتقها، فهذه لا عدة عليها؛ لأن الفرقة وقعت

قبل البناء، ولكنه إذا أعتقها تستبرأ بحيضة؛ لأن عقد ملك اليمين، يبطل عقد النكاح، وإذا بطل لم يبق لعقد النكاح حكم فى العدة لعدم البناء، والله أعلم.

مسألة: فإن اشتراها بعد أن دخل بها، فأعتقها قبل أن يمسها، اعتدت عدة الأمة قرأين، على حسب ما وجبت عليها العدة حين الفسخ، ولا تتغير عدتها بعتقها، هذا قول مالك وأصحابه. وقال الكوفيون: تعتد بثلاثة أقراء، وقد تقدم الكلام فيه.

فصل: وقوله: «**فإن أصابها بعد الملك، وقبل العتق، فليس عليها إلا الاستبراء**»، وذلك أن عقد الملك يهدم حكم عقد النكاح، ووطء الملك يهدم حكم الوطء بالنكاح، فيكون بمنزلة من أعتق أمة وطئها، فليس عليها إلا أن تستبرئ بحيضة أو ما يقوم مقامها من الشهور، والله أعلم.

مسألة: ولو طلقها واحدة، فاشتراها قبل أن تنقضى عدتها، ثم أعتقها، فقد قال مالك: ولو باعها كان على المشترى أن يستبرئها بحيضتين؛ لأنها عدة، يريد أنه باعها أو أعتقها قبل أن يمسها بملك اليمين، وإنما يستبرئها بحيضتين إذا كان بيعه إياها قبل أن تحيض حيضة بعد طلاقه إياها، ولو كانت قد حاضت حيضة واحدة، قاله مالك، ولهذه الحيضة حكم العدة؛ لأن بها تتم عدتها، والله أعلم.

مسألة: ولو اشتراها بعد أن انقضت عدتها منه، ثم باعها، فإن المشترى لا يستبرئها إلا بحيضة؛ لأنه لا يلزمها عدة، وعدة الطلاق قد انقضت، واستبراء الإمام إنما يكون بحيضة، خرجت إلى ملك أو حرية، والله أعلم.

مسألة: ولو اشترى مكاتب زوجته، فعجز، فرجع رقيقًا، فأخذها السيد، فإن مالكًا قال: إن المكاتب لم يطأها بعد أن اشتراها، فعدتها حيضة، ثم رجع، فقال: أحب إلىَّ أن تكون حيضتين، قال: وتعتد؛ لأن كل فسخ يكون فى النكاح، ففيه مثل عدة الطلاق، ولو وطئها المكاتب بعد ما اشتراها لصارت إلى الاستبراء، وبطلت عدة النكاح؛ لأنها وطئت بملك اليمين.

مسألة: وهذا إذا كانت ممن تعتد بالأقراء، فإن كانت ممن تعتد بالشهور لصغر أو كبر، فعدتها من الطلاق ثلاثة أشهر، هذا قول مالك، وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة وجمهور أهل المدينة وعمر بن عبد العزيز والحسن البصرى والنخعى. وقال أبو حنيفة والشافعى: عدتها شهر ونصف. وقال الزهرى وعطاء: عدتها شهران.

والدليل على ما نقوله أن الأشهر بدل من الأقراء، فلم تختلف بكثرة الأقراء وقلتها،

كالتيمم الذى هو بدل من الغسل والوضوء، فلم يختلف فى الطهارة الكبرى والصغرى.

* * *

جامع عدة الطلاق

١٢١١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ وَعَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ قُسَيْطٍ اللَّيْثِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ طُلِّقَتْ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ رَفَعَتْهَا حَيْضَتُهَا، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ بَانَ بِهَا حَمْلٌ فَذَلِكَ، وَإِلا اعْتَدَّتْ بَعْدَ التِّسْعَةِ أَشْهُرٍ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ ثُمَّ حَلَّتْ.

الشرح: وقوله: «**فى التى تحيض فى عدتها، ثم ترفعها حيضتها، تنتظر تسعة أشهر**»، هو قول عامة أصحابنا على الإطلاق، غير ابن نافع، فإنه قال: إن كانت ممن تحيض، فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم رفعتها حيضتها، فإنها تنتظر خمس سنين، أقصى أمد الحمل.

وإن كانت يائسة من الحيض، اعتدت بالسنة تسعة أشهر، ثم ثلاثة أشهر. قال سحنون: وأصحابنا لا يفرقون بينهما، وما قاله الجمهور أولى؛ لأن التسعة أشهر هى أمد الحمل المعتاد.

مسألة: المعتدة من الطلاق على ضربين، حائض، وغير حائض. فأما الحائض، فهى التى قد رأت الحيض، ولو مرة فى عمرها، ثم لم تبلغ سن اليأس منها، فهذه إذا طلقت، فحكمها أن تعتد بالأقراء، فإن لم تر حيضًا، انتظرت تسعة أشهر، وهذا مذهب عمر، وبه قال ابن عباس والحسن البصرى. وقال أبو حنيفة والشافعى: تنتظر الحيض أبدًا.

والدليل على ما نقوله أن هذا إجماع الصحابة؛ لأنه روى عن عمر وابن عباس، وليس فى الصحابة مخالف.

ومن جهة المعنى أن التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد، فالغالب أن يظهر بها حمل إن كان بها، أو تتحقق المرأة علاماته وتحس به.

فإذا سلمت من ذلك كله، فالظاهر سلامتها من الحمل، إذا لم توجد منها ريبة غير

١٢١١ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٦/٣٣٩. ابن أبى شيبة ٥/٢٠٦. البيهقى فى السنن الكبرى ٧/٤٢٠. ابن حزم فى المحلى ١٠/٢٠٨. المغنى ٧/٤٦٣. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩٣.

ارتفاع الحيض، وقد يرتفع كثيرًا من غير حمل، فلا يدل ارتفاعه على الحمل، فإذا انقضت التسعة، ولا تمس شيئًا، اعتدت بثلاثة أشهر. قال مالك وأصحابه، وأكثره من قول أشهب: لأن لها حينئذ حكم اليائسة من الحيض.

ومعنى ذلك أنه لما وقع التربص بالتسعة أشهر، وعدم الحيض والحمل، حكم لها بحكم من تعتد بالشهور، فصار ذلك حكمًا كاليائسة لما ارتفع حيضها، وصارت ممن لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر.

إلا أن اليائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره، لم يحتج إلى اعتبار تسعة أشهر، وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها ريبة لم تنتقل عنه إلا بعد الاستبراء والاستقصاء، والله أعلم.

مسألة: وإذا حلت المرتابة بالسنة، ثم تزوجت، ثم طلقت، فقد روى ابن المواز، عن مالك وأصحابه، قال، وأكثرهم شيوخ أشهب: إن عدتها ثلاثة أشهر فى الطلاق، حرة كانت أو أمة؛ لأنها اعتدت بالشهور مدة، فصار لها حكم اليائسة، إلا أن يعاودها الحيض، ولو مرة، فترجع إلى الحيض إن تمادى بها، أو الاستبراء أو العدة، إن انقطع عنها.

مسألة: فإن كانت ممن لا تحيض، فلا يخلو أن تكون ممن لم تحض قبل، وقد قال سحنون: قول مالك وأصحابه: إن عدة التىلم تبلغ حد الحيض، والتى بلغته ولم تحض، وإن بلغت ثلاثين سنة أو أكثر، ثلاثة أشهر، وكذلك عدة اليائسة من الحيض، وهى التى بلغت سنًا كل من بلغته من النساء لم تحض. قال بعض أصحاب مالك: ولا تنتقص منه الأمة.

ووجه ذلك أن الله تعالى قال: **﴿واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن﴾** [الطلاق: ٤]، قال مالك: «إن ارتبتم فعدتهن».

وقد أنكر ذلك بعض الناس، وقالوا: لو أراد ذلك لقال: أن ارتبتم بالفتح؛ لأن الارتياب ماض، وإنما تتعلق إن المكسورة بالاستقبال والارتياب، قد عدم بتعدد وجود النص، وهذا الذى قاله ليس بصحيح؛ لأن الارتياب لمن لا يعلم حكم الآية، أو لمن لا يقرؤها ثابت إلى يوم القيامة.

وقد قال بعض أصحابنا: إن معنى **﴿إن ارتبتم﴾** إذا ارتبتم، ويحتمل أن يريد بذلك إن ارتبتم فى التأويل، على أن العرب تستعمل هذا اللفظ على معنى التنبيه على الدليل،

فتقول: إن ارتبت فى كذا مع ظهوره ووضوحه، فيجب أن يمنعك من الارتياب أمر كذا.

قال الله تعالى: ﴿**فإن كنت فى شك مما أنزلنا إليك فاسأل الذين يقرءون الكتاب من قبلك**﴾ [يونس: ٩٤]، ومعنى ذلك نفى الشك والارتياب عن مثل هذا لوضوحه وظهور أدلته.

ووجه آخر، وهو أن يكون: إن ارتبتم الآن، فإنه يجب أن يقطع الارتياب هذا النص، وهذا اللفظ يستعمل بمعنى الحال، ولذلك يقول: إن شئت؛ لأن فعلت كذا، وقد يستعمل بمعنى المضى، فتقول: إن كنت تشك فى كذا، فحكمه كذا، وهذا بين واضح، والأول أظهر.

١٢١٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: الطَّلاقُ لِلرِّجَالِ، وَالْعِدَّةُ لِلنِّسَاءِ.

١٢١٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ الْمُسْتَحَاضَةِ سَنَةٌ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «**عدة المستحاضة سنة**»، يريد أنها تقيم سنة. وقد روى ابن المواز، عن مالك، أنه قال: عدة المستحاضة فى الطلاق سنة كالمرتابة تسعة أشهر استبراء، وثلاثة أشهر عدة، حرة كانت أو أمة أو كتابية.

فعلى هذا يتناول قول سعيد فى أن التسعة الأشهر استبراء، والثلاثة الأشهر عدة، ولذلك استوى فيها حكم الحرة والأمة؛ لأن العدة بالأشهر لا يختلفان فيها؛ لأنها بدل من الحيض الذى يختلفان فيه على ما تقدم، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا كانت الحائض لا تميز دمًا، واتصل ذلك بها فى جميع العام، فإن تغير حكمها، فلا يخلو أن تنتقل إلى حيض أو إلى انقطاع دم، فإن انتقلت إلى حيض بطل حكم الاستحاضة، فاعتدت بالأقراء، قاله مالك فى الموازية.

ووجه ذلك أنه نوع من الريبة؛ لأن المستحاضة لا قرء لها تبرأ به، فكانت مرتابة كالتى لا ترى الدم، فإذا شرعت فى عدة المرتابة، ثم رأت الحيض انتقلت عن حكم الارتياب إلى العدة بالأقراء.

١٢١٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩٤.

١٢١٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩٥.

فرع: وإنما يعرف الحيض بأن ينقطع عنها الدم، ثم تستقبل الحيض، فأما مع اتصال الدم بأن ترى دمًا لا تشك فيه أنه دم حيض للونه ولذاعته، فقد قال أصبغ: إذا رأت دمًا لا تشك أنه دم حيض، تركت الصلاة فيه، وإن طلقها أجبره على الارتجاع، وتغتسل بانقطاع هذا الدم الجديد، ولا تعتد به من طلاق، وعدتها السنة.

وكذلك إن رأت كثرته، فقد قال مالك فى الموازية: ربما عرفت إقبال الحيض بكثرة الدم، وإدباره بقلته، ولكن عدتها سنة؛ لأنها لا تؤمن أن ذلك كذلك.

ومعنى ذلك أنها تتحقق أنه دم حيض بالكثرة والقلة، والله أعلم.

مسألة: فإذا طلقت مستحاضة، فانقطع عنها الدم، ثم رأت بعده طهرًا كاملاً، ثم حيضها، فإنها تنتقل إلى حكم الأقراء، وإن كانت مستحاضة ستة أشهر، ثم انقطع عنها الدم ستة أشهر، قال أصبغ: قد حلت.

وكذلك لو لم ترد ما من يوم الطلاق ستة أشهر، ثم استحاضت، فبتمام السنة من يوم الطلاق تحل، إلا أن تحس حركة، فتقيم إلى أن تنفس أو تضع، أو تنقضى مدة الحمل.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أنه لما كانت الاستحاضة ريبة وارتفاع الحيضة ريبة لفق منهما العام، الذى هو مدة اعتداد المرتابة، وهذا فى تقدم الاستحاضة، فأما فى تأخرها، ففيه نظر، وذلك أن الاستحاضة لا تكون إلا بعد حيض.

فإذا وجد الحيض، بطل حكم الريبة بارتفاع الحيض، واعتدت بالأقراء، فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض من الاستحاضة إلى ما قبله من الشهور كما لا يضاف ما بعد الحيض من الشهور إلى ما قبله، والله أعلم.

وقال ابن القاسم: تستأنف المستحاضة التى ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة.

ووجه ذلك أن الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم، فلا يلفق بعض ذلك إلى بعض، ولأن عدة المسترابة يجب أن تكون من جنس ما ترتفع به ريبتها، فإذا زالت ريبتها بالاستحاضة تسعة أشهر، ثم انقطع عنها الدم، لم يصلح أن تكون عدتها بارتفاع الدم؛ لأنه من غير جنس ما زالت به ريبتها، وهذه ريبة أخرى طارئة، فيجب أن تقيم تسعة أشهر؛ ليتبين معنى هذه الريبة ثم تعتد عدة من جنسها، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمُطَلَّقَةِ الَّتِي تَرْفَعُهَا حَيْضَتُهَا حِينَ يُطَلِّقُهَا زَوْجُهَا، أَنَّهَا تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ تَحِضْ فِيهِنَّ، اعْتَدَّتْ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ الأَشْهُرَ الثَّلاثَةَ اسْتَقْبَلَتِ الْحَيْضَ، فإن مَرَّتْ بهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ اعْتَدَّتْ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتِ الثَّانِيَةَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ الأَشْهُرَ الثَّلاثَةَ، اسْتَقْبَلَتِ الْحَيْضَ وإن مَرَّتْ بهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ، اعْتَدَّتْ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتِ الثَّالِثَةَ، كَانَتْ قَدِ اسْتَكْمَلَتْ عِدَّةَ الْحَيْضِ، فَإِنْ لَمْ تَحِضِ اسْتَقْبَلَتْ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ، ثُمَّ حَلَّتْ، وَلِزَوْجِهَا عَلَيْهَا فِي ذَلِكَ الرَّجْعَةُ قَبْلَ أَنْ تَحِلَّ إِلا أَنْ يَكُونَ قَدْ بَتَّ طَلاقَهَا.

الشرح: قوله: «**في المطلقة ترفعها حيضتها**»، يريد أن تنقطع عنها، فلا ترى دم حيض، فإن حكمها أن تقعد تسعة أشهر استبراء لما طرأ عليها من الريبة بارتفاع الحيض، فإن لم تحض فيها اعتدت بعدها ثلاثة أشهر؛ لأنها قد فارقت حكم المحيض، فاعتدت بالشهور كاليائسة من المحيض.

ولا يجوز أن يراد بقول عمر: من بلغت سن اليأس؛ لأنه عام، فيحمل على عمومه، وأيضًا، فإن قال: فإن بان بها حمل وإلا اعتدت ثلاثة أشهر، وهذا لا يكون في اليائسة من المحيض؛ لأن اليائسة من المحيض لا تحمل.

فصل: فإن حاضت قبل التسعة أشهر، أو بعد انقضائها، وقبل الثلاثة الأشهر، بطل حكم الشهور واستأنفت الاعتداد بالأقراء، فإن جرت أقراؤها على العادة انقضت عدتها بثلاثة أقراء، وإن ارتفعت حيضتها بعد تلك الحيضة الأولى.

فإن اتصلت لها بتسعة أشهر من يوم طهرت منها، لم ترد فيها دم حيض، ألغت ما تقدم من عدتها بالحيضة، والأشهر التى تقدمتها، واستأنفت الاستبراء من يوم طهرها من تلك الحيضة.

فإذا كملت مدة الاستبراء اعتدت بثلاثة أشهر، ثم إن رأت حيضة ثانية قبل انقضاء العدة بالشهور، ألغت ذلك كله، واعتدت بهذه الحيضة وبالحيضة الأولى حيضتين من عدتها، ثم إن ارتفعت حيضتها الثالثة استأنفت الاستبراء بتسعة أشهر من يوم طهرت من الحيضة الثانية.

فإن لم تر فى مدة الاستبراء حيضًا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر، فتلفق الحيض، وإن تخللته الريبة، ولا تلفق مدة الاستبراء، بل تلغى كل ما تقدم منها، إذا كان بعدها حيض؛ لأنه استبراء تجدد لريبة بجردة، فلذلك لا يصح فيه التلفيق، والحيض ليس بريبة، بل ينفى الريبة، فلذلك لفق بعضه إلى بعض.

فرع: وهذا إذا كان الحيض، فإن رأت الدم يومًا أو يومين، أو ما لا يكون حيضًا، فقد قال أصبغ فى المطلقة تستراب، فترى فى السنة دمًا أو ما لا يكون حيضًا: انتظرت سنة من يوم الطلاق، يعنى أن ذلك الدم لا يعتد به، ولا يهدم ما تقدم من الاستبراء؛ لأن ما لا يعتد به لا يهدم الاستبراء، ولا يبطل حكمه.

فصل: وقوله: **«ولزوجها عليها فى ذلك الرجعة قبل أن تحل»**، يريد أن فى طول مدد الاستبراء والعدد والحيض له الرجعة، وأن يكون ذلك لا يقطع ما كان له من الرجعة، ولا ينقطع ذلك إلا بأن تحل للأزواج، ويحكم بانقضاء عدتها، إلا أن يكون طلاقها باتًا، فلا تكون له الرجعة؛ لأن البت ينافى الرجعة.

قَالَ مَالِك: السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ، وَلَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، فَاعْتَدَّتْ بَعْضَ عِدَّتِهَا، ثُمَّ ارْتَجَعَهَا، ثُمَّ فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، أَنَّهَا لا تَبْنِي عَلَى مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا، وَأَنَّهَا تَسْتَأْنِفُ مِنْ يَوْمَ طَلَّقَهَا عِدَّةً مُسْتَقْبَلَةً، وَقَدْ ظَلَمَ زَوْجُهَا نَفْسَهُ، وَأَخْطَأَ إِنْ كَانَ ارْتَجَعَهَا، وَلا حَاجَةَ لَهُ بِهَا.

الشرح: قوله: **«فيمن طلق امرأته، ثم ارتجع، ثم فارق قبل أن يمس، أنها تستأنف العدة، ولا تبنى على ما مضى»**، يريد أن الرجعة تهدم العدة؛ لأن حكم الزوجية ينافى حكم العدة، فإذا ثبتت الرجعة بطلت العدة.

فإذا وقع بعد ذلك طلاق استأنفت العدة؛ لأنها مدخول بها لم يستبرأ رحمها بانقضاء عدتها، فلزمت العدة، ولم يصح البناء على ما تقدم لما قدمناه من إبطال الرجعة العدة، فلزم ابتداء العدة من يوم الطلاق الثانى.

فصل: وقوله: **«وقد ظلم نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها، ولا حاجة له بها»**، يريد أنه زال ملكه عن طلاق غنيًا عن إزالته، وربما دعته الضرورة بعد وقت إليه، وأخطأ حين ارتجع من لا حاجة له بها؛ لأن مقصود الرجعة الجماع مع ما حصل فى ذلك من تطويل العدة عليها، وظلم المرأة بذلك مع عدم انتفاعه به.

ويحتمل أن يريد به قوله تعالى: ﴿**فأمسكوهن بمعروف**﴾، وهو الإمساك على وجه الزوجية ومقصودها. وقوله: ﴿**أو سرحوهن بمعروف**﴾، يريد والله أعلم، طلاق السنة، ثم قال تعالى: ﴿**ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا**﴾، يريد، والله أعلم، أن يرتجعها ولا حاجة له بها، ثم قال تعالى: ﴿**ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه**﴾ [البقرة: ٢٣١].

والرجعة تكون على وجهين، أحدهما: أن يطلقها طلقة أو طلقتين، ثم لا يرتجعها حتى تنقضي عدتها، ثم يتزوجها أو يطلقها ثلاثًا، ثم تتزوج زوجًا غيره، فيطلقها الزوج الثانى، ثم يتزوجها الأول، فإن ذلك يسمى ارتجاعًا، قال الله تعالى: ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله**﴾ [البقرة: ٢٣٠]، فسمى تزويجها بعد زوج ارتجاعًا.

والثانى من وجهى الرجعة، هو المستعمل عند الفقهاء، وهو أن يطلقها طلقة أو طلقتين، ثم يرتجعها قبل انقضاء عدتها من غير اعتبار رضاها، ولا رضا وليها، ولا صداق لها؛ لأنه أملك بها ما دامت فى عدتها.

مسألة: وهذا الارتجاع، الأصل فيه قوله تعالى: ﴿**وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك**﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿**فإمساك بمعروف**﴾ [البقرة: ٢٣١]، الإمساك الرجعة. وقوله ﷺ فى حديث ابن عمر: «مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر»، ولا خلاف فى صحة وقوعه بالقول.

فأما بالفعل نحو الجماع أو القبلة، قال القاضى أبو محمد: يصح بها وبسائر الاستمتاع للذة. قال ابن المواز: ومثل الجسة، اللذة، أو ينظر إلى فرجها، وما قارب ذلك من محاسنها، إذا أراد بذلك الرجعة خلافًا للشافعى فى قوله: لا تصح الرجعة إلا بالقول.

والدليل على ما نقوله أن هذه مدة تتعلق بقول الزوج، له رفعها من غير عقد، فوجب أن يصح رفعها من غير قول بالوطء كمدة الإيلاء.

مسألة: ولا يكون بشىء من ذلك رجعة إلا إذا نوى بها الرجعة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: تكون رجعة بمجرده.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرئ ما نوى»(*).

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١. مسلم حديث رقم ١٩٠٧. الترمذى حديث رقم ١٦٤٧. النسائى حديث رقم ٧٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٠١. ابن ماجه حديث رقم ٤٢٢٧.

ومن جهة المعنى أنه معنى يصح للوطء، فلم يصح إلا مع النية والعقد كالتلفظ بعقد النكاح والرجعة.

فرع: فإن وطئ فى العدة لا ينوى الرجعة، فله أن يراجع فى العدة، ولا يطأ حتى يستبرئها من ذلك الماء، قاله مالك. قال ابن القاسم: فإن انقضت عدتها لم ينكحها ولا غيره فى بقية أمد الاستبراء، فإن فعل فسخ نكاحه، ولا يتأبد تحريمها عليه كما يتأبد تحريمها على غيره؛ لأن الماء ماؤه.

فرع: ولا صداق عليه إن وطئ فى العدة، لا يريد الرجعة خلافًا للشافعى؛ لأنه لو ارتجعها لم يكن عليه مهر، فلا يكون الوطء دون الرجعة أولى بالمهر من الرجعة.

مسألة: ولا تقع الرجعة بمجرد النية دون فعل ولا قول، رواه ابن المواز، عن ابن القاسم وأشهب، فإن نوى به الرجعة، ثم فعل بعد ذلك فى العدة شيئًا مما ذكرناه من الاستمتاع، قال محمد بن المواز: إن كان فعل ذلك بما كان نوى من الرجعة، ولم يجدد نية، فهى رجعة؛ لأن فعله ذلك لرجعته التى كان نواها مثل تجديد النية، فذلك يجزئه.

مسألة: فإن أشهد فى العدة أنه وطئ أو استمتع، ثم قال بعد انقضاء العدة: نويت بذلك الاستمتاع الرجعة، فقد روى ابن المواز، عن أشهب أنه إذا أقر فى العدة أنه وطئ أو قبل أو باشر، ثم ادعى بعد العدة أنه أراد بذلك الرجعة، فهو مصدق.

ولو أقر فى العدة أنه خلا بها، ثم ادعى بعد العدة الرجعة بذلك، لم يكن ذلك رجعة حتى يكون مقامه عندها ودخوله وخروجه معروفًا بغير إقراره، فيصدق فيما يدعى من أنه ارتجع فى العدة.

ففرق بين إقراره بالخلوة وإقراره بالوطء أن الخلوة لا تكون رجعة، وإن نوى بها الرجعة والوطء مع نية الرجعة يكون رجعة، فلذلك افترقا، والله أعلم.

مسألة: ومن قال لغير مدخول بها: إن وطئتك، فأنت طالق، فوطئها، روى ابن سحنون، عن أبيه: هى طالق باليمين، وله الرجعة إن نوى ببقية وطئه الرجعة، فهى رجعة، وإلا لم يحل له التمادى على الوطء خلافًا لأبى حنيفة؛ لأنها جارية إلى بينونة كالكتابية إذا أسلمت بعد بناء زوجها بها.

ولأن هذا مبنى على أنه لا يكون له رجعة إذا عرا من النية، وإذا لم تكن رجعة كان ممنوعًا، وإلا كانت غير مطلقة، وتتضمن هذه المسألة فصلاً آخر، وهو أن ابتداء الوطء مباح له، وهو مقدار ما يقع به الحنث.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمطلقة إذا لم يكن فى منزلها إلا بيت واحد، أخرج عنها الزوج، ولا يكون معها فى حجرة تنغلق عليه وعليها، والمبتوتة والرجعية فى ذلك سواء، قاله مالك فى المدونة.

ومعنى ذلك أن المساواة بين الطلقتين بين لما قدمناه. وهذا مبنى على القول الذى رجع إليه مالك، قال: ولو كانت دارًا جامعة، فلا بأس أن يكون هو فى بيت، وهى فى بيت آخر.

ومعنى ذلك أن تكون الدار الجامعة يسكنها جماعة كل واحد منهم ينفرد بمسكنه، فلا بأس أن يسكن الزوج فى مسكن ينفرد به كما تنفرد الزوجة بمسكنها، وهذا حكم الأجنبى، والله أعلم.

مسألة: والرجعة إنما تكون فى المطلقة المدخول بها، فأما غير المدخول بها، فلا رجعة له عليها، وهذا إذا تصادقا على الإصابة، فإن ادعاها أحدهما، وأنكرها الآخر، فقد تقدم ذكر ذلك، ولو اتفقا على إنكار الوطء، فعليها العدة، ولا رجعة له عليها؛ لأنهما لا يصدقان على نفى النسب وإسقاط حق من حقوق الله فى العدة.

مسألة: فإن دخل بها فى حال حيضها، فلما طهرت طلقها، لا رجعة له عليها، رواه عيسى، عن ابن القاسم فى العتبية.

ووجه ذلك أن الوطء ممنوع حال الحيض، فلا يصدق فيما يدعيه من ذلك بعد الطلاق لإحراز الرجعية.

مسألة: وإذا راجع المطلقة، فأجابته، قد أسقطت مضغة. قال مالك: هى مصدقة.

ووجه ذلك أنها مؤتمنة، وذلك يقتضى تصديقها فيما يمكن إذا راجعته عند قوله، أو عند بلوغ ذلك إليها، فإن قال لها ذلك اليوم، فقالت من الغد: قد كنت أسقطت مضغة، فلا قول لها بخلاف جوابها فى الوقت.

ووجه ذلك أن بصمتها قد صدقته، فثبتت لها الرجعة، فليس لها بعد ذلك أن تبطل ما قد صح له من الرجعة كصمت اليتيمة البكر فى النكاح يثبت عليها عقد النكاح، فليس لها أن تبطله بعد ذلك بدعوى الكراهية وعدم الرضا.

مسألة: فإن أجابته: أنى قد حضت ثلاث حيض. قال أشهب: تصدق فى الأولى، ثم يحسب ما بقى للحيضتين، فما أشبه، صدقت فيه بغير يمين، وإن لم يشبه ذلك، ثبتت رجعته.

ووجه ذلك أن الحيضة الأولى يصح أن تحيضها أثر الطلاق، وذلك إذا لم يتقدم من إقرارها قبل ذلك من قرب الحيضة التى قبلها ما يمنع ذلك، فلذلك لم تحتج فى تصدقيها فى الحيضة الأولى إلى حساب، واحتيج إلى ذلك فى الحيضتين الباقيتين.

فإن للحيض والطهر مقادير قدرها الشرع، فينظر إلى أقل ما يكون من ذلك صدقت فيه، وإن ادعت ما لا يصح فيه ذلك لم تصدق، ولزمتها الرجعة، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أَسْلَمَتْ، وَزَوْجُهَا كَافِرٌ، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، مَا دَامَتْ فِى عِدَّتِهَا، فَإِنِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، فَلا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، لَمْ يُعَدَّ ذَلِكَ طَلاقًا، وَإِنَّمَا فَسَخَهَا مِنْهُ الإِسْلامُ بِغَيْرِ طَلاقٍ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أن إسلامها لا يقع به الفسخ، وإنما يقع به منعه من الاستمتاع بها، وإنما يقع فسخ النكاح بانقضاء عدتها، وهو على دينه لم ينتقل إلى دين الإسلام.

ولو وقع فسخ النكاح بإسلامها، لم يكن أحق بها إن أسلم فى عدتها؛ لأن تقدم فسخ النكاح يوجب ذلك، كالمرأة تشترى زوجها، فإنه يقع الفسخ بتعيين الشراء، ثم إن أعتقته أو باعته قبل انقضاء عدتها، لم يكن أملك بها، ولا سبيل له إليها إلا بنكاح جديد.

* * *

ما جاء فى الحكمين

١٢١٤ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِى طَالِبٍ قَالَ فِى الْحَكَمَيْنِ اللَّذَيْنِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ [النساء: ٣٥]: إِنَّ إِلَيْهِمَا الْفُرْقَةَ بَيْنَهُمَا وَالاجْتِمَاعَ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ الْحَكَمَيْنِ يَجُوزُ قَوْلُهُمَا بَيْنَ الرَّجُلِ وَامْرَأَتِهِ فِى الْفُرْقَةِ وَالاجْتِمَاعِ.

١٢١٤ - أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف ٥/٢١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩٦.

الشرح: قول على، رضى الله عنه، ذكر أنه فى شأن عقيل بن أبى طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث فى أمرها عثمان بن عفان، عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبى سفيان، فقال على بن أبى طالب، رضى الله عنه، للحكمين: «أتدريان ما عليكما، إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا، فرقتما».

والأصل فى بعثة الحكمين قوله تعالى: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها إن يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهم**﴾. ذهب جمهور العلماء إلى أن المخاطب بقوله: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما**﴾ الحكام، والمراد بقوله: ﴿**إن يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهما**﴾ أنهما الحكمان.

ومن صفة الحكمين التى هى شرط فى صحة كونهما حكمين: الإسلام، والبلوغ، والحرية، والذكورة، فإن عدم شىء من ذلك، لم يجز تحكيمهما برضا الزوجين، ولا ببعثة السلطان، قاله مالك، وكذلك العدالة.

ولهما صفات أخر، هى من صفة كمالهما أن يكونا من أهلهما، وأن يكونا فقيهين، فقد قال ابن القاسم: إن جعل ذلك الزوجان ووليا اليتيمين إلى من لا يجوز أن يكون حكمًا، لم يجز؛ لأن ذلك من باب الغرر.

فصل: وقوله: ﴿**فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها**﴾ [النساء: ٣٥] خطاب للحكام، ويحتمل على مذهب مالك أن يكون خطابا لوليى اليتيمين، وذلك أنه ليس لأحد أن يبعث الحكمين إلا الحاكم، أو الزوجان، أو وليا الزوجين، وإن كانا محجورين، وهذا معنى ما فى المدونة.

مسألة: ولو جعل الزوجان ذلك إلى رجل واحد، جاز إذا كان من أهل الحكم، قاله ابن القاسم فى المدونة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى أن يكون من جهة الزوجين؛ لأن الحق فى ذلك لا يخرج عنهما، ولا يجوز للسلطان ولا لولى اليتيمين؛ لأن فى ذلك إسقاط لحق الزوجين، ولا يجوز ذلك فى جزاء الصيد؛ لأنه حق لله تعالى، ولم يأمر فيه إلا بحكمين.

مسألة: وسبب تحكيم الحكمين أن يقبح ما بين الزوجين، ويظهر الشقاق بينهما. قال القاضى أبو محمد: اعلم إن كان ذلك من أحدهما أمر بإزالته، وإن جهل ذلك، بعث الحاكم حكمين، وسواء بنى بها الزوج أو لم يبن بها، قاله ابن المواز؛ لأن التقابح قد يقع بينهما قبل البناء.

مسألة: وإذا زرع أحد الزوجين أو نزعا جميعًا قبل حكم الحكمين، فلا يخلو أن يبعث الحكمين السلطان أو غيره.

فإن بعثهما السلطان، لم يكن لهما نزوع؛ لأن تحكيمهما حكم من السلطان، فليس لهما نقضه؛ فإن بعثهما غير السلطان، جاز لهما النزوع ما لم يستوعبا الكشف عن أمرهما، فلا نزوع لواحد منهما، ويلزم حكمهما، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك ما احتج به من أن رجلين لو حكما بينهما رجلاً، فلما ظهر وجه الحق وعلم أحدهما أنه محكوم عليه أراد النزوع، لم يكن له ذلك.

مسألة: وما يحكم به الحكمان، فعلى وجه الحكم لا على وجه الوكالة والنيابة، فينفذ حكمهما، وإن خالف مذهب الحاكم الذى أنفذ، سواء جمعا أو فرقا، وبه قال النخعى والشافعى وغيرهم خلافًا لأبى حنيفة، وأحد قولى الشافعى: أنهما إن جمعا، جاز ذلك، وإن فرقا لم يلزم ذلك الزوج.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها**﴾ [النساء: ٣٥]، فسماهما حكمين، والحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق إلى إذن الزوج كالوالى.

مسألة: ومن حكم الحكمين أن يكونا فقيهين، ليعلما مواقع الحق؛ ليحكما به، ويكون أحدهما من أهله، والثانى من أهلها؛ لأن الأهل أعلم بباطن أمرهما، وأعرف بوجوه منافعهما، ويكونان عدلين ليؤمن جورهما، فإن لم يكن من أهلهما من هذه صفته، جاز أن يكونا أجنبيين، والله أعلم.

مسألة: ووجه نظر الحكمين أن ينظرا فى أمرهما، فإن رأيا الإساءة من قبل الزوج، فرقا بينهما، وإن رأيا الإساءة من قبل المرأة تركاهما، واستأمناه عليها، وإن كان من قبلهما جميعًا، فرقا بينهما على بعض ما أصدقها، ولا يستوعب له وعنده بعض العلم، رواه ابن المواز، عن أشهب.

قال محمد: وهو معنى قوله: ﴿**فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ [البقرة: ٢٢٩].

مسألة: وإن فرقا بينهما بطلقة بشىء أخذاه له منها، فهو خلع، والطلقة بائنة، وإن كانت بغير عوض، فهى أيضًا طلقة بائنة. قال أشهب: إذا فرقا بالبتة، فهى واحدة بائنة،

وإن كانت طلقة بغير عوض، وإنما قلنا إنها واحدة بائنة؛ لأنها فرقة حكم من غير اختيار الزوج، ولا تمليكه، فكانت بائنة كالفرقة بسبب العقد.

مسألة: وإن حكما بالثلاث، روى ابن حبيب، عن مطرف: ما أخطأ فيه السلطان، ففرق بثلاث فيما فرق فيه بواحدة، فقد أخطأ، وتكون واحدة، وكذلك الحكمان. وقال أشهب: تلزمه واحدة بائنة. وقال ابن القاسم: تلزمه البتة، وبه قال أصبغ.

والخلاف في ذلك مبنى على الخلاف فى العبد تزوج بغير إذن سيده، فيفرق السيد بينهما بثلاث تطليقات، والأمة تعتق تحت العبد، فتختار نفسها بثلاث تطليقات، هل تكون ثلاثًا أو واحدة.

مسألة: وإن حكم أحدهما بواحدة، والآخر بثلاث، قال محمد: هى واحدة. وروى ابن حبيب، عن أصبغ: أن ذلك ليس بشىء.

وجه قول محمد أنهما قد اتفقا على إيقاع واحدة، فيجب أن يصح، ويبطل ما اختلفا فيه، وهو ما زاد على الواحدة.

ووجه قول أصبغ أن حكم الواحدة غير حكم الثلاث، فلا يوجد اتفاقهما على أحد الحكمين، فيجب أن يبطل ذلك كله.

مسألة: فإن حكم أحدهما بطلقة على مال والآخر بواحدة بغير مال، لم يكن ذلك باجتماع منهما، فإن رضيت أن تمضى له ذلك مع المال، لزم الزوج الطلاق، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ومعنى ذلك أنهما قد اجتمعا على الطلقة، وإنما اختلفا فيما يأخذ الزوج من مال الزوجة، فلا يلزم ذلك الزوجة إلا برضاها، فلا حجة للزوج.

مسألة: وسواء كان ذلك قبل البناء أو بعده، فليس للحكمين أن يبطلا ما يرجع إلى الزوج من نصف الصداق قبل البناء، كما ليس لهما أن يفرقا بينهما على شىء يأخذانه للزوجة من الزوج.

ووجه ذلك أن الطلاق حق من حقوق الزوج، فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شىء يأخذانه منه، فيكون العوضان من جهته، وإنما يجوز لهما أن يوقعاه لشىء يأخذانه له من مال الزوجة؛ ليكون ما يأخذانه منها يصير إلى الزوج عوضًا عما أخرج عن ملكه من الطلاق.

* * *

ما جاء في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح

١٢١٥ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَالْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَابْنَ شِهَابٍ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا حَلَفَ الرَّجُلُ بِطَلاقِ الْمَرْأَةِ قَبْلَ أَنْ يَنْكِحَهَا، ثُمَّ أَثِمَ، إِنَّ ذَلِكَ لازِمٌ لَهُ إِذَا نَكَحَهَا.

الشرح: قولهم: **«فيمن حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها»**، يريدون أن يقول إن تزوجتك، فأنت طالق، أو يقول: إن تزوجتك، فدخلت الدار، فأنت طالق، فيضيف الطلاق إلى النكاح.

وأما إذا لم يضف الطلاق إلى النكاح، فإنه لا يلزمه شيء، وذلك مثل أن يقول لأجنبية: أنت طالق، ثم يتزوجها، فتدخل الدار، فهذه لا خلاف أنه لا يلزمه شيء من ذلك. قال ابن حبيب: هذا مجمع عليه.

مسألة: وأما إذا أضاف الطلاق إلى النكاح، فالذى ذهب إليه مالك وأبو حنيفة، أن ذلك يلزمه فى التعيين. وقال الشافعى: لا يلزمه شيء من ذلك.

وقد روى عن ابن وهب، عن مالك أنه أفتى رجلاً حلف، إن تزوجت فلانة، فهى طالق، أنه لا شيء عليه إن تزوجها، قاله ابن وهب، ونزلت بالمخزومى فأفتاه مالك بذلك، وليست هذه الرواية بالمشهورة. والمشهور رواية أبى زيد، عن ابن القاسم فى العتبية: لا يفسخ إن وقع.

والدليل على ما نقوله أنه أضاف الطلاق إلى النكاح، فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح.

فصل: وقولهم: **«ثم أثم، أن ذلك لازم له إذا نكحها»**، معناه، والله أعلم، أن ذلك لازم له، وإن كان قد نكحها، وأما لو قال لها: إن تزوجتك، فدخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت الدار، ثم تزوجها، لم يكن عليه شيء بدخولها قبل النكاح، وإنما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح.

١٢١٥ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٤٢١/٦. الإشراف ١٨٥/٤. الأثر ١١٤٧٤. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩٧.

١٢١٦ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ فِيمَنْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَنْكِحُهَا، فَهِيَ طَالِقٌ: إِنَّهُ إِذَا لَمْ يُسَمِّ قَبِيلَةً أَوِ امْرَأَةً بِعَيْنِهَا، فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: قوله: «**فيمن حلف بطلاق من يتزوج إن لم يسم قبيلة أو يعين امرأة، أنه لا شيء عليه**»، وهو مذهب مالك، وبه قال النخعى والشعبى والأوزاعى؛ لأن مالكًا يقول: إذا سد على نفسه باب الاستمتاع، لم يلزمه شيء، وإذا لم يسد على نفسه باب الاستمتاع، لزمه ذلك.

وهو أن يقول: إن تزوجت امرأة من بنى تميم أو من ريش، أو يضيف ذلك إلى بلد، فيقول: إن تزوجت امرأة من مصر، أو تزوجت امرأة بالشام، أو يضيف ذلك إلى زمن لا يستوعب عمره أو أكثر، مثل أن يقول: إن تزوجت هذا العام أو هذه العشرة الأعوام، فمثل هذا يلزمه؛ لأنه لم يسد على نفسه باب الاستمتاع. وقال أبو حنيفة: يلزمه على كل وجه، وقد تقدم ذكره فى الأيمان والنذور.

مسألة: ولو قال: كل امرأة أتزوجها إلا فلانة، فهى طالق، فإن كانت التى استثنى زوجته التى عنده، فقد قال ابن القاسم: يلزمه ذلك، وكأنه قال معك بخلاف إذا لم تكن تحته. وقال ابن المواز: لا شيء عليه فى الوجهين. وروى نحوه عيسى، عن ابن القاسم.

وجه الرواية الأولى أنه إذا كانت التى استثنى زوجة له، فقد حلف أن لا يتزوج عليها، ولا خلاف أن ذلك لازم له.

ووجه القول الثانى أنه لم يورده على هذا الوجه، وإنه إنما أورده على وجه الامتناع من نكاح غيرها، ولو لزمه ذلك، للزمه إذا طلقها أن لا يتزوج غيرها، وهذا يسد باب الاستمتاع، فوجب أن لا يلزمه، والله أعلم.

فرع: وإن كانت المرأة أجنبية، فقد اختلف فيه مالك وأصحابه، فروى عنه المصريون، أنه لا شيء عليه كمن عمَّ، وكذلك إذا استثنى العدد اليسير كالعشرة ونحوها، أو قبيلة أو قرية، وهم قليل. وروى عيسى، عن ابن القاسم، أنه لا يحد فى ذلك، ولكنه إذا استثنى العدد القليل الذى ليس فيه سعة للنكاح، فهو كمن عمَّ.

١٢١٦ - أخرجه سعيد بن منصور فى سننه (١/٣، ٢٥٣. ابن حزم فى المحلى ٢٠٦/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩٨.

والرواية الثانية رواية المدنيين، روى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون، عن عبد الملك أنه إذا قال: إلا فلانة، لزمه ذلك.

وجه القول الأول أن المراعى فيه أن يترك ما يمكن فيه النكاح، فإذا استثنى ما لا يمكنه ذلك غالبًا، فهو كمن عمَّ.

ووجه الرواية الثانية أنه إذا استثنى، فقد عدل عن الاستيعاب، فوجب أن يلزمه ذلك كما لو استثنى الكثير.

فرع: فإذا قلنا برواية اللزوم، فقد قال ابن الماجشون: يلزمه ذلك، ولو كانت التى استثنى ذات زوج؛ لأنه يرجى له أن تخلو من الزوج، فيتزوجها، وكذلك لو تزوجها، وطلقها البتة للزمته اليمين، إلا أن يتزوجها فى عدة، فتحرم عليه تحريمًا مؤبدًا.

وقال مطرف: إن كانت ذات زوج، أو تزوجها، فأبتها، لم تلزمه اليمين، ولو طلقها طلقة أو طلقتين، لزمته اليمين.

وجه القول الأول ما احتج به من أن اليمين تلزمه ما لم يقطع بتعذر النكاح، والتى أبتها لا يقطع بتعذره لجواز أن يتزوجها غيره، ثم طلقها الزوج، فتزوجها الحالف؛ فهذا لا يقطع بتعذر النكاح عليه، فلزمت اليمين كما لو طلقها طلقة.

ووجه القول الثانى أن نكاحها لا يمكنه الآن، فيعتبر بتعذر النكاح عليه حين يمينه، والله أعلم.

فرع: ومن قال: كل ثيب أتزوجها، فهى طالق، ثم قال: كل بكر أتزوجها طالق، فروى عيسى، عن ابن القاسم: لا تلزمه الثانية. وروى ابن وهب، عن مالك: تلزمه اليمينان.

وجه القول الأول أن اليمين الثانية تمنع الاستمتاع، فوجب أن لا يلزمه.

ووجه القول الثانى أن اليمين الثانية لا تتناول المنع، وإنما تتناول صنفًا من النساء، وينفى الكثير، فوجب أن يلزمه كالأول.

مسألة: ومن حلف أن لا يتزوج بالإسكندرية، فلا يخلو أن ينويها وعملها، أو ينوبها خاصة، أو لا ينوى شيئًا، فإن نواها وعملها، لزمه ذلك، وإن نواها خاصة، ففى كتاب ابن حبيب، فيمن حلف بطلاق من يتزوج بالإسكندرية: إن نوى الحاضرة، لزمه فيمن على مسافة الجمعة.

قال ابن كنانة وابن الماجشون وأصبغ، قالوا: وإن لم ينو شيئًا، لزمه فـى مسيرة يـوم حتى يجاوز أربعين ميلاً وأكثر، حد ما تقصر فيه الصلاة. وقد قال ابن القاسم: استحسن أن يتباعد إلى حيث لا تلزمه الجمعة.

قال أصبغ: والقياس أن يتباعد إلى حيث تقصر فيه الصلاة إذا خرج فى ظعنه، ولا تتم فيه الصلاة إذا قدم، والأول استحسان، ولو تزوج فى الموضع الذى برز إليـه، لـم تقصر حتى يجاوزه، لم أفسخه.

روى ابن سحنون، عن أبيه فى الحالف لا يتزوج من قرطبة، لا يلزمـه إلا فـى قرطبـة وأرباضها، ولو قال: بالقيروان، لم يلزمه إلا فـى المدينـة نفسـها، ولـو تـزوج مـن منزل العلويين، لم يلزمه شىء.

وجه القول الأول أن مـن حلـف أن لا يـتزوج مـن الإسـكندرية، فقـد حلـف أن لا يتزوج امرأة من موضع يقع عليه هذا الاسم، وفى حكم ما يقع عليه، فإذا لم ينو شيئًا، كان كل موضع لا تقصر إليه الصلاة من الإسكندرية له حكـم الإسـكندرية فـى ذلـك. وقد قال أصبغ: إن ذلك على وجه التحرى، فمن تزوج من موضع مسـافة الجمعـة، لـم نفسخه.

ووجه قول سحنون أن الاسم إنما يتناول المصر وأرباضه كقوله تعالى: ﴿**لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام**﴾ [البقرة: ١٩٦]، وإنما يتناول هذا ما يكـون مضافًـا إلى القريـة من الأرباض المتصلة بها؛ لأن الاسم يتناول جميعها.

مسألة: ومن حلف بطلاق من يتزوجها بالمدينة، ففى العتبية عن ابن القاسم: لا بـأس أن يواعدها بالمدينة، ويعقد نكاحها بغيرها.

ووجه ذلك أن المراعى انعقاد النكاح، والنكـاح إنمـا انعقـد بغـير المدينـة، فـلا حنـث عليه.

فرع: ومن حلف بطلاق من يتزوجها من أهل مصر، فـتزوج امـرأة أبوهـا مصـرى، وأمها شامية، قال ابن أبى حازم: يحنث، والولد تابع للأب دون الأم، وبالله التوفيق.

مسألة: ومن قال: كل امرأة أتزوجها حياتى طالق، لم يلزمه شىء، ولو ضرب لذلك أجلاً، فقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون فيمن قال: كل امرأة أتزوجهـا إلى عشـر سنين أو عشرين سنة طالق، إن كان ممـا يشـبه أن يعيـش إلى مثـل ذلـك لزمـه، وإلا لـم يلزمه، والتعمير فى ذلك تسعون عامًا.

وقال ابن المواز: قال ابن القاسم: العشرون سنة كثير، يتزوج. وقال أصبغ: بعد تصبر وتعفف.

وقال أشهب وابن وهب: لا يتزوج، وإن خاف العنت فى الثلاثين. قال مالك: لا يتزوج فى الثلاثين، إلا إن خاف العنت.

وروى أبو زيد، عن ابن القاسم: إن قدر أن يتسرى، فلا ينكح، فإن لم يجد، فلا ينكح، إلا أن يخاف العنت، فإن خاف العنت تزوج، ولا شىء عليه.

وجه قول ابن الماجشون أنه إنما يراعى عمره فى الأغلب، وما لو زاد عليه لم يمل إلى النساء غالبًا، وذلك تسعون عامًا، فلذا علق يمينه بمدة تبلغ عمره التسعين، فهو بمنزلة من علق يمينه بجميع عمره، فلا يلزمه شىء، وإن قصر عن ذلك، وأبقى يمينه مدة من هذا العمر، لزمته اليمين.

ووجه قول ابن القاسم أن مدة العشرين سنة كثير تلحق فيها المشقة، ولا تخلو غالبًا من العنت، وحال نكاحه أولى من الزنا، وقد أجازه ابن المسيب وغيره.

وإلى نحو هذا ذهب مالك، رحمه الله، إلا أنه راعى الثلاثين سنة، وإن كانت مدة طويلة، إلا أنه لم يعلق الإباحة بخشية العنت دون طول المدة. وأما ابن وهب وأشهب، فكل واحد منهما علق الحكم على لفظ اليمين دون ما يؤول إليه من استيفاء عمره، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يَقُولُ لامْرَأَتِهِ: أَنْتِ الطَّلاقُ، وَكُلُّ امْرَأَةٍ أَنْكِحُهَا فَهِىَ طَالِقٌ، وَمَالُهُ صَدَقَةٌ: إِنْ لَمْ يَفْعَلْ كَذَا وَكَذَا فَحَنِثَ، قَالَ: أَمَّا نِسَاؤُهُ فَطَلاقٌ كَمَا قَالَ. وَأَمَّا قَوْلُهُ كُلُّ امْرَأَةٍ أَنْكِحُهَا فَهِىَ طَالِقٌ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُسَمِّ امْرَأَةً بِعَيْنِهَا أَوْ قَبِيلَةً أَوْ أَرْضًا أَوْ نَحْوَ هَذَا، فَلَيْسَ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ، وَلْيَتَزَوَّجْ مَا شَاءَ، وَأَمَّا مَالُهُ فَلْيَتَصَدَّقْ بِثُلُثِهِ.

الشرح: قوله لامرأته: **«أنت الطلاق»**، يلزمه ذلك على ما قال؛ لأنه مما لا خلاف فيه إذا وقع على هذا الوجه.

وقوله: **«كل امرأة أنكحها طالق»**، لا يلزمه به شىء لما قدمناه.

ولو حلف بطلاق امرأة إن تزوجها، ثم حلف إن تزوج امرأة تميمية، فهى طالق، وتلك المرأة من تميم، فتزوجها، قال ابن المواز: يقع عليها طلقتان.

ووجه ذلك أن اليمينين كل واحدة منهما غير الأخرى، وكل واحدة منهما تضمنت طلقة، فلما حلف بها، لزمه طلقتان. ويجيء على قول أشهب: لا يلزمه فيها غير طلقة واحدة؛ لأنها يمين متكررة في غير واحدة، كما لو قال لها: إن تزوجتك، فأنت طالق، ثم قال لها مثل ذلك ثانية فتزوجها، فإنما هي طلقة واحدة.

* * *

أجل الذي لا يمس امرأته

١٢١٧ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَمَسَّهَا، فَإِنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ سَنَةً، فَإِنْ مَسَّهَا، وَإِلا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا.

١٢١٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ، مَتَى يُضْرَبُ لَهُ الأَجَلُ، أَمِنْ يَوْمِ يَبْنِي بِهَا أَمْ مِنْ يَوْمِ تُرَافِعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ؟ فَقَالَ: بَلْ مِنْ يَوْمِ تُرَافِعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ.

الشرح: قوله: «من تزوج امرأة، فلم يستطع أن يمسها»، ظاهره أنه معترض عنها ظن أنه يستطيع ذلك، فاعترض عنها؛ لأن المجبوب الممسوح لا يستعمل فيه ذلك، إلا أن يكون بمعنى أنه ظهر إلى الزوجة ذلك منه المؤثر في منع الوطء.

قال ابن حبيب: الاعتراض، والعنة، والحصر، والجب. قال القاضي أبو محمد: هي أربعة أشياء: الاعتراض، والعنة، والجب، والخصاء. قال ابن حبيب: والمعترض هو بصفة من يأتي النساء، وربما جامع بعضهن، واعترض عن بعض.

والعنين، قال ابن حبيب: لا ينتشر ذكره، هو كالأصبع في جسده، لا ينقبض، ولا ينبسط.

والحصور، انفرد ابن حبيب بذكره، وقال: هو الذي خلق بغير ذكر أو بذكر صغير كالذر وشبهه، لا يمكن به وطء.

وقال القاضي أبو محمد: العنين هو الذي ذكره شديد الصغر، لا يمكنه الجماع بمثله، ولا يتأتى منه انتشار، يولج به لصغره، والخصي هو المنتزع الانثيين. قال صاحب العين: الخصاء سل الانثيين، ورجل خصي، إذا اشتكى أنثييه.

١٢١٧ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦/٢٥٣. الأثر ١٠٧٢١. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٩٩.

١٢١٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٠٠.

وقال أبو عبيد، عن أبى زيد: الخصاء أن تسل أنثياه سلاً، فإن رضت، ولم تخرج، فهو الوج، وإن شق الصفن، فأخرجت، فهو الشق، فإن شقت حتى تسقط، فهو العصب.

والمجبوب المقطوع الذكر. قال صاحب العين: يقال جببت الصبى، إذا استأصلت ما هنالك.

مسألة: وأما العنين، والخصى، والمجبوب، فمن أقر منهم بحاله، فللزوجة الخيار فى فرقته دون ضرب الأجل؛ لأن كل واحد منهم قد أقر بمعنى لا يرجى برؤه، وهو مما يوجب الخيار للزوجة لما فيه من عدم الاستمتاع أو بعضه، وللزوجة فى ذلك حق على وجه ما، ولذلك فرق بينهما وبين المولى.

مسألة: ومن أنكر ذلك منهم، فقد قال ابن حبيب: فى الحصور والمجبوب المقطوع ذكره، أو ذكره وأنثياه، أو مقطوع الخصى خاصة، يعتبر هذا بالجس على الثوب ونحوه.

ووجه ذلك أنه يدرك ذلك بالجس من فوق الثوب، فيعلم ما يدعى وجوده له من ذلك.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه إذا كان غير مصدق فيه، وكان للنساء أن ينظرن إلى الفروج فيما يصدق فيه النساء، جاز للرجال الشهود أن ينظروا إلى هذا إذا كان غير مصدق فيه، وهو أبين فى الشهادة وأبعد مما يكره، ويحظر من الملامسة.

مسألة: وأما المعترض، فإن أقر بذلك، فلا يخلو أن يكون حرًا أو عبدًا، فإن كان حرًا ضرب له أجل سنة، قال ابن المواز، عن مالك: البكر والثيب فى ذلك سواء، ولا خلاف بين الصحابة فيما نعلم، فإنه مروى عن عمر وابن مسعود وغيرهما، إلا رواية عن على بن أبى طالب لا تثبت، وانفرد داود بقوله: لا يؤجل للزوج، ولا خيار للزوجة، وهو محجوج بالإجماع، فإن برئ فى السنة، وإلا فرق بينهما، إن شاءت ذلك.

وإنما ضرب له أجل سنة؛ لأنها مستوعبة لجميع الفصول الموافقة له والمخالفة، فأبيح له أن يتعانى فى جميعها ليصل إلى المعاناة على الوجه الذى يوافقه مع ما فى ذلك من سعة المدة والفسحة، لما عسى أن يقع من اعتقال المعاناة، وعدم المعانى به، وفى السنة فسحة للوصول إلى ذلك كله، والله أعلم.

وإن كان عبدًا، فقد روى ابن القاسم، عن مالك: أجله ستة أشهر. وقال القاضى أبو

محمد: اختلف فى أجل العبيد.

فوجه القول بأنه سنة اعتباره بالحر، ولأن الغرض فى ذلك اختباره بتأثير الأزمنة فيه، وذلك يستوى فيه الحر والعبد، فأشار إلى أنها مقولة لمالك، وبها قال الجمهور.

ووجه القول بأنها ستة أشهر، أنها مدة تقربه من الفراق، فكان له فيها نصف مدة الحر، كمدة الإيلاء.

فرع: وهذا إذا كان صحيحًا، فإن رفعته وهو مريض، فقد روى يحيى: إن رفعته وهو مريض، فلا يضرب له أجل حتى يصح.

ووجه ذلك أن عذره ظاهر، ولو تعذر عليه الوطء للمرض، لم تطلق عليه، فلا يضرب له أجل فى وقت مرضه.

فرع: والسنة فى ذلك من يوم ترافعه امرأته إلى السلطان، قاله ابن المواز، عن مالك.

قال القاضى أبو الوليد: هذه عبارة أصحابنا، وتحقيق ذلك عندى أن أول السنة من يوم الحكم بها، وذلك أن رفعها إلى السلطان لا يوجب لها الحكم إلا بعد إقرار الزوج، أو إثبات ما يوجب لها، وربما كان ذلك فى المدة الطويلة، فإذا ثبت عند الحاكم ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم إنفاذ الحكم، والله أعلم.

مسألة: فإن وطئ فى أثناء السنة، واتفقا على وجود الوطء، فلا خيار لها، وهما على حكم الزوجية اللازمة، فإن ادعى الوطء، وأنكرته الزوجة، فلا يخلو أن تكون ثيبًا أو بكرًا، فإن كانت ثيبًا، فالقول قول الزوج مع يمينه، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وقد اختلف فى المدنية فى المرأة تدعى على زوجها العجز عن الوطء، وينكر ذلك، فأفتى فيها مالك وعبد العزيز بن أبى سلمة بهذا. وقال ابن أبى ذئب: يخلى معها، ويكون عدلان جارحين، فإن خرج إليهما بقطنة فيها نطفة صدق. وقال ابن أبى ذئب: يلطخ ذكره بزعفران، فإذا فرغ أدخل عليها امرأتان، فإن وجدتا الزعفران داخل فرجها، صدق.

وروى الوليد بن مسلم، عن مالك والأوزاعى: أنه يخلى معها بالباب امرأتان، فإذا فرغ نظرتا فرجها، فإن كان فيه منى، فهو صادق، وإلا فهو كاذب.

وقد قال محمد بن عمران: يخلى معها، ثم يخرج، ويلازمها امرأتان، فإن تطهرت صدق، وإن لم تغتسل، فهى مصدقة، فقضى بقول مالك.

وقال القاضى أبو محمد: وجه ما ذهب إليه مالك أنها مدعية عليه استحقاق الفـراق، وهو منكر، فوجب أن يكون القول قوله، ولأن ذلك موكول إلى أمانته.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأصل فـى هـذه المسـألة عنـدى أنـه علـى السلامة، وهى تدعى عيبًا يوجب لها نقض عقد قـد أقـرا بصحتـه، وأمـا إذا أقـر بتعـذر الوطء عليه، ثم ادعاه بعد ذلك فى الأجل، فلو لم يكن هذا موكـولاً إلى أمانتـه لوجـب أن يكون القول قولها.

فرع: فإن حلف، فهما على النكاح اللازم، وإن نكل، أحلفت، فإن حلفت، فلها أن تفارقه، وإن نكلت بطلت دعواها، ولزمه البقاء على الزوجية. وروى ابـن حبيـب، عـن مالك: إن نكل عند الأجل، طلقت عليه.

فرع: فإذا قلنا تطلق عليه إذا حلفت بعد نكوله، فإنما تطلق عليه عند انقضاء الأجـل، ولو نكل قبل الأجل، ثم أتى الأجل، فادعى أنه أصاب، كان له أن يحلف، وليس الحكم إلا نكوله قبل الأجل بشىء، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك أن له أن يتربص عليه إلى الأجل، فلا معنى لاستحلافه قبل الأجـل؛ لأنـه إن أصاب قبل الأجل لم يضره عجزه قبل استحلافه، ولم ينقض الأجل.

مسألة: وأمـا البكـر، فقـد قـال القـاضى أبـو محمـد: فيهـا روايتـان، إحداهمـا: أنهـا كالثيب، والأخرى: أن ينظر إليها النساء، فإن قلن بها أثر إصابة، فالقول قوله، وإن قلن أنها على حال البكارة، صدقت عليه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه الرواية الأولى، وبها قال ابن القاسم، أن هذه زوجة ادعت العنـة علـى الـزوج، فكان القول قوله كالثيب.

ووجه الرواية الثانية أن لنا فى البكر طريقًا إلى معرفة صـدق الصـادق منهمـا، فكـان ذلك أولى من الرجوع إلى أمانته.

مسألة: فإن انقضت السنة، وأقرا بعدم الوطء، كان لها الخيار فـى أن تقيـم عنـده أو تفارقه، فإن أقامت عنده، ثم أرادت الفراق، ففـى كتـاب محمـد: إذا صبرت عنـد تمـام الأجل، ولم تقم، ثم أرادت القيام، فلها ذلك.

وكذلك روى أبو زيد، عن ابن القاسم فى العتبيـة، واختلفـا، فـروى محمـد: توقـف مكانه بغير ضرب أجل، وليس لها هى أن تفارق دون إذن السلطان، قالـه ابـن حبيـب.

وروى أبو زيد، عن ابن القاسم: أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير إذن من السلطان.

وجه القول الأول أنه أمر مختلف فيه، فلابد من حاكم يحكم بصحته، لاسيما وليس طلاقه بلازم، وإنما هو اختيار بما تركته.

ووجه القول الثانى أن الحاكم لما ضرب الأجل، فقد حكم بما يؤول إليه، وأخذه به، وهذا لأنها لم تحكم بصحة بقائها معه، ولا وجد منها تصريح بالرضى به.

ولو أظهرت الصبر عليه، ففى الواضحة: إذا صبرت امرأة العنين، يريد المعترض، ثم بدا لها، فإن كان بحدثان ما رضيت لأمر وقع بينهما، فليس لها ذلك، وإن بدا لها بعد زمان، قالت: رجوت أن لا يتمادى به، فذلك لها، ولو صبرت على العنين أو الحصور، لم يكن لها بعد ذلك خيار.

مسألة: والطلاق فى ذلك طلقة بائنة، ولا رجعة له، وإن قال: قد انطلقت، يريد إذا ادعى الانطلاق بعد الطلاق؛ لأنه طلاق بائن تبع النكاح من الإصابة.

مسألة: وهذا إذا كان صحيحًا، فإن كان مريضًا عند انقضاء الأجل أو مسجونًا، أو هى مريضة أو حائض، ففى كتاب محمد، عن ابن القاسم: يفرق بينهما، ولا ينتظر، رواه يحيى، عن ابن القاسم. وقال عبد الملك: ينتظر به، واختاره ابن المواز.

وجه قول ابن القاسم أن هذا أجل ضربه الحاكم لثبوت الاختيار لها دون امتناع معلوم من جهته، فوجب أن يثبت لها الخيار بانقضائه؛ لأن الحكم قد تناول انقضاءه كما تناول ابتداءه، ولذلك فرق يحيى فى روايته بين أول الأجل وآخره، فقال: لا تضرب الآجال حال المرض، وتطلق عليه عند انقضائه، وإن كان مريضًا.

ووجه قول أشهب أنه أجل ضرب للإصابة، فإذا انقضى لم يعجله له مع وجود مانع كأشهر المولى.

مسألة: ولو انقطع ذكره قبل انقضاء الأجل، قال ابن القاسم فى كتاب محمد: يعجل لها الطلاق حينئذ، ولا ينتظر تمام السنة، رواه عيسى عنه. وروى محمد، عن أشهب وعبد الملك وأصبغ وغيره: لا فرق فى شىء من ذلك، ولا حجة لها.

وجه القول الأول أنه قد حكم عليه بالفراق لعدم الوطء، فإذا قطع ذكره، وتعذر الوطء، كان بمنزلة من اطلع على أنه مجبوب، فعجل الفراق.

ووجه القول الثانى أن هذا أمر طارئ عليه فى مدة الأجل، فوجب أن يبطل الأجل، ويثبت النكاح كالمولى يقطع ذكره فى أشهر الأجل، وقد أجمعوا على أن الأجل يبطل، وتثبت الزوجية.

مسألة: وحكم إيقاع الطلاق أن يؤمر الزوج بإيقاعه، فيوقع منه ما شاء، فإن امتنع من إيقاعه، فإن الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق خلافًا للشافعى.

ووجه ذلك أنه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب، ولا أوجبه فساد عقد، فكان طلاقًا كما لو أوقعه الزوج كالفرقة باعتبار الصداق والنفقة، هذا الذى ذكره القاضى أبو محمد.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أنها فرقة يلزم الزوج إيقاعها لحق الزوجية، فإذا لم يوقعها حكم عليه بها السلطان، فكانت طلقة كفرقة المولى.

مسألة: وإنما يوقع الحاكم عليه طلقة واحدة تكون بائنة؛ لأنها قبل الدخول، فلا رجعة فيها، ولا حاجة لأحد إلى إيقاع أكثر منها، مع أن الزائد على الواحدة ممنوع، فإن أوقع أكثر من ذلك، فيتخرج فيه القول على ما تقدم من الخلاف، والله أعلم.

فرع: فإذا فرق بينهما بعد انقضاء الأجل، ففى الموازية روى أشهب، عن مالك: إن ضرب لها الأجل بقرب البناء، فلها نصف الصداق، وقد قال مالك مرة: لها جميعه، وبه أخذ ابن القاسم. قال أشهب، عن مالك: وإن رفعته بعد طول مدة، ثم فرق بينهما بعد انقضاء الأجل، فلها الصداق كله.

وجه القول الأول، وبه أخذ ابن عبد الحكم أن استيفاء عوض المهر فى النكاح يكون على وجهين، أحدهما: الجماع، وذلك يكون بالتقاء الختانين.

والثانى: الاستمتاع بالزوجة وجهازها على وجه المكارمة والمراضاة، ولذلك تستحق زوجة المجبوب عليه جميع مهرها، إذا طلقها بعد البناء بها، فإذا لم يمكن فى حق غير المجبوب الوطء، جاز أن يكون الاستيفاء بالاستمتاع بالزوجة وجهازها على الوجه المذكور.

ويجب أن يكون ذلك فى طويل المدة دون قصيرها؛ لأنه لا خلاف أن ذلك لا يستوفى فى الساعة، ولا فى اليوم، ولا يعتبر فى طويل المدة بالسنة المضروبة لاختيار الزوج؛ لأنه ليس مقتضاها المكارمة والمراضاة، وإنما مقتضاها المشاحة وطلب الزوجة المفارقة، وإنما يعتبر فى طول المدة بما مضى قبل أن ترفعه إلى الحاكم لما ذكرناه.

فإن طالت بقدر ما يكون فيها استمتاع الزوج بالزوجة وجهازها، كان لها جميع المهر؛ لأنه قد وجد منها البدل، ووجد منه أحد نوعى الاستيفاء، وإن قصرت عن ذلك، لم يكن لها إلا نصف الصداق؛ لأنه لم يوجد منها نوع من الاستيفاء.

ووجه القول الثانى أنه قد وجد منه الاستمتاع بالزوجة وجهازها، فكان لها جميع الصداق، كما لو طالت المدة قبل التحاكم فى ذلك، والله أعلم.

فصل: فأما المجنون، فقد روى محمد، عن مالك: للمرأة أن ترد الرجل بما يضرها به من الجنون والجذام والبرص، وذلك أنه على وجهين، أحدهما: أن يكون الجنون به حين العقد، فغرها من نفسه، فاختارت الطلاق، فإن كان دخل بها، فلها الصداق، وإن لم يبن بها، فلا شىء لها.

ووجه ذلك أنه إذا غرها من نفسه بالعنة كان لها الخيار، وهذا أبين ضررًا، فبأن يجب لها الخيار به أولى.

فإن كان حدث به ذلك بعد العقد، فعلى حسب ذلك، إن كان قبل البناء، فلها أن تطلق نفسها، ولا شىء لها، وإن كان بعده، فلها جميع الصداق، رواه أشهب، عن مالك.

وروى عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب فى المجنون سواء كان جنون إفاقة أو مطبق: إن كان يؤذيها، ويخاف عليها منه، حيل بينهما، وأجل سنة ينفق عليها من ماله، فإن برأ، وإلا فهى بالخيار، وإن كان يعفيها من نفسه، ولا تخاف منه فى خلوته بها، فلا حجة لها، وقال نحوه أشهب.

ووجه ذلك أن هذا ليس بمعنى مؤثر فى الاستمتاع، فإذا أعفاها من نفسه، ولم يخف منه عليها، فلا خيار لها.

وأشار ابن حبيب إلى التفرقة بين الجنون الموجود حين العقد، والحادث بعده، فقال فيمن زوج ابنه صغيرًا، فلما بلغ ظهر أنه أحمق مطبق، فأرادت هى أو ولى الصغيرة الفسخ، وقالت: كان الجنون به قديمًا، وبالبلوغ ظهر، فهذا لا يعرف، وهو على أنه حادث.

فرع: فإذا قلنا يفرق بينهما فى الجنون، ضرب له أجل سنة يتعالج فيها، وقد قال مالك: يحبس فى حديد أو غيره إن خيف عليها منه، وهذا فى الذى يخاف عليها منه،

وهى مع ذلك لا تستوحش من مجالسته، ويخاف عليها من ذلك أذى، فإن عندى أنه يفرق بينهما، فإن برأ المجنون فى السنة، قال مالك: فإن برأ، وإلا فهى بالخيار. ووجه ذلك ما قدمناه.

فرع: والموسوس، والذى يغيب مرة بعد مرة سواء، رواه ابن المواز، قال: وقد قال مالك: يؤجل الموسوس سنة.

ووجه ذلك أن هذه معان يعدم معها العقل والميز، فأشبهت الجنون.

مسألة: وأما الجذام، فقد تقدم من قول مالك: أن لها الخيار فى الجذام، وكذلك إن حدث به.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه معنى منع الاستمتاع.

فرع: ومقدار الجذام الذى يوجب لها الخيار، قال أشهب: ليس له حد إلا أن يكون بشعًا حسًا، لا يحتمل النظر إليه، وتغض الأبصار دونه، فلها الخيار.

وروى عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب: أنه إذا كان بالرجل جذام لا شك فيه، وإن لم يكن مؤذيًا، ولا فاحشًا، فليفرق بينهما إن طلبت ذلك؛ لأنه لا تؤمن من زيادته. وأما الخفى الذى يشك فيه، ولا يعرف أنه جذام، فلا يفرق بينهما.

وجه القول الأول أنه لا يمنع نفس الاستمتاع، وإنما يلزمه، فإذا لم يكن فيه أذى، ولا مضرة من قبحه، فلا خيار لها.

ووجه القول الثانى أن النفوس مجبولة على كراهته والنفار ممن هو به، وذلك يمنع النشاط إلى الاستمتاع والانبساط إليه، فاقتضى ذلك منع الاستمتاع كما لو كان الجذام بالمرأة، والله أعلم.

فرع: ولو شاءت المقام معه، ثم قامت بعد سنين، فقد قال أشهب فى التى لها الخيار بقبح جذام زوجها، فشاءت المقام، ثم بدا لها، فذلك لها.

وروى عن ابن القاسم ابن المواز: أن الإمام إذا خير زوجة الأجذم، فاختارت المقام، ثم قامت بعد سنين، لا حجة لها إذا كان رضاها عند السلطان أو غيره، إذا أشهدت، إلا أن يتزايد أمره.

وروى عنه عيسى، أنه قال: لا حجة لها إذا قالت: ظننت أنه سيذهب.

ووجه قول أشهب أن هذا أمر يشتد ضرره ويتزايد أمره، ولا يكاد يثبت علـى حالـة واحدة.

ووجه قول ابن القاسم أنها إذا رضيت المقام معه عند السلطان، لزمها؛ لأن السـلطان قد حكم بإسقاط خيارها، والله أعلم.

فصل: وأما البرص، فقد تقدم من روايـة ابـن المـواز، عـن مـالك: أن للمـرأة أن تـرد الرجل بما يردها به من الجنون والجذام والبرص، وهذا فيما غرها به، وما حدث بـالرجل من جنون أو جذام أو برص، فلها الخيار.

قال مالك: وليس حدوث البرص الشديد مثل ذلك، ولا سمعت أحدًا فرق فيه، ولا أرى ذلك. وروى عنه أشهب: لا يفرق فيه، وإن غرها، فعلى هذا عن مـالك فـى التـى يغرها زوجها، روايتان، إحداهما: إثبات الخيار لها، وبهـا قـال ابـن القاسـم وابـن عبـد الحكم، والثانية: نفيه.

وفى الذى يحدث به رواية واحدة فى نفـى الخيـار، قـال ابـن القاسـم: وإن كـان مـا حدث منه شديدًا. وروى عيسى، عن ابن القاسم فى الذى يحدث به من البرص ما خف منه، فلا خيار لها، وما فيه ضرر لا تصبر عليه، فلها الخيار به. وقال القاضى أبو محمـد: واختلف عنه فى البرص إذا غر به، والصحيح أنه يثبت لها فيه الخيار.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف**﴾ [البقـرة: ٢٢٨] ولأنه معنى يؤثر فى الاستمتاع للزوج الخيار به، إذا كان بالزوجة، فكان للزوجة الخيار، إذا كان بالزوج كالجذام، فذهب القاضى أبو محمد إلى إثبات الخيـار لهـا بهـذه العيـوب كلها، كانت موجودة حين العقد أو ثبتت بعده.

والفرق بين ما يحدث من ذلك بالزوجة وبين ما يحدث بالزوج، أن الزوج يقدر على رفع العقد بالطلاق، والزوجة لا تقدر على ذلـك، فلـو لـم يثبـت لهـا الخيـار؛ لأدى إلى استدامة الضرر، وما قاله القاضى أبو محمد يقتضى أن حق المرأة فى ثبوت الخيار لهـا بمـا حدث بالزوج من ذلك آكد من حق الزوج مما يثبت بالمرأة، وهو ظاهر، والله أعلم.

فرق: والفرق بين ما يوجد منه حين العقد وبين ما يحدث بعد ذلك علـى روايـة مـن فرق بينهما أنه فى الذى كان موجودًا به قاصدًا إلى الخديعة والإضرار بها.

والذى حدث ذلك به بعد العقد غير قاصد إليه بما حدث بها منـه بعـد العقـد، وإنمـا

يكون له أن يطلق قبل البناء بها، ولها نصف الصداق، ولها بعد البناء جميعه، ولو كان ذلك بها عند العقد، لكان له قبل البناء أن يفارقها، ولا شيء عليه من الصداق.

وأما من فرق بين كثير ما حدث منه وقليله، ولم يذكر ذلك فيما كان منه عند العقد، فإنما أثبت لها الخيار فى كثير من أجل استدامة الضرر، ويلزم على هذا أنها إذا رضيت به كان لها القيام به؛ لأنه ليس من وجه العنة، وإنما هو من وجه الضرر، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: فَأَمَّا الَّذِى قَدْ مَسَّ امْرَأَتَهُ، ثُمَّ اعْتَرَضَ عَنْهَا، فَإِنِّى لَمْ أَسْمَعْ أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ، وَلا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من مس امرأته، ولو مرة واحدة، ثم اعترض عنها، فإنه لا يضرب له أجل، ولا يفرق بينهما، ولا حجة لها عليه فى ذلك.

وعلى هذا فقهاء الأمصار غير أبى ثور، فإنه قال: يؤجل، وهو محجوج بالإجماع قبله، ولأن الملامسة الواحدة يكمل بها الصداق، فيبطل بها حكم الاعتراض؛ لأنها بمنزلة استيفاء الاستمتاع أجمع، إذا منع منه فى المستقبل عذر كما لو مات أحد الزوجين، والله أعلم.

* * *

جامع الطلاق

١٢١٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: بَلَغَنِى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ مِنْ ثَقِيفٍ أَسْلَمَ، وَعِنْدَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ، حِينَ أَسْلَمَ الثَّقَفِيُّ: «أَمْسِكْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»(*).

١٢١٩ - ذكره فى الدر المنثور ١١٩/٢ وعزاه السيوطى للشافعى وابن أبى شيبة وأحمد والترمذى وابن ماجه والنحاس فى ناسخه ، والدارقطنى والبيهقى، عن ابن عمر. أخرجه البيهقى ١٨١/٧، عن ابن عمر. ابن حبان ١٨٢/٦. أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٩٥، ٤٦١٧، ٥٠٠٧، ٥٥٣٣، عن ابن عمر. البغوى بشرح السنة ٨٩/٩، عن ابن عمر.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٥٩/٧: هكذا رواه جماعة رواة الموطأ وأكثر رواة ابن شهاب، ورواه ابن وهب، عن يونس، عن ابن شهاب، عن عثمان بن محمد بن أبى سويد، أن رسول الله ﷺ قال لغيلان بن سلمة الثقفي حين أسلم وتحته عشر نسوة: «خذ منهن أربعًا وفارق سائرهن».

.. ..

=رواه يحيى بن سلام، عن مالك، ومعمر، وبحر السقاء، عن الزهرى، عن سالم، عن أبيه - مسندًا، فأخطأ فيه يحيى بن سلام على مالك، ولم يتابع عنه على ذلك؛ ووصله معمر، فرواه، عن ابن شهاب، عن سالم، عن ابن عمر ويقولون إنه من خطأ معمر، ومما حدث به بالعراق من حفظه؛ وصحيح حديثه، ما حدث باليمن من كتبه، حدثنا خلف ابن سعيد قال: حدثنا عبدالله ابن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا على بن عبدالعزيز، قال: حدثنا أبو عبيد القاسم بن سلام، قال: حدثنا يزيد بن هارون، عن سعيد بن أبي عروة، عن معمر بن راشد، عن الزهرى، عن سالم بن عبدالله بن عمر، عن أبيه، أن غيلان بن سلمة الثقفى أسلم وعنده عشر نسوة، وأسلمن معه؛ فأمر رسول الله ﷺ أن يختار منهن أربعًا.

قال: وأخبرنا أبو عبيد، قال: وحدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان الثورى، عن معمر، عن الزهرى، عن سالم، عن أبيه، عن النبى ﷺ مثل ذلك، وقد ذكر يعقوب بن شيبة، حدثنا أحمد بن شبويه، حدثنا عبدالرزاق، قال: لم يسند لنا معمر حديث غيلان بن سلمة أنه أسلم - وعنده عشر نسوة، وقد روى عن قيس بن الحارث وبعضهم يقول فيه: الحارث بن قيس الأسدى، والأكثر قيس بن الحارث، قال: أسلمت وعند ثمانى نسوة، فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال: اختر منهن أربعًا.

أخبرنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا مسدد ووهب بن بقية، قالا: أخبرنا هشيم، عن ابن أبى ليلى، عن حميضة بن الشمرذل، عن الحارث بن قيس، قال مسدد بن عميرة: قال وهب الأسد: «أسلمت - وعندى ثمانى نسوة، فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال: اختر منهن أربعًا».

قال أبو داود: وحدثنا أحمد بن إبراهيم، قال: حدثنا هشيم بهذا الحديث، فقال: قيس بن الحارث مكان الحارث بن قيس، قال أحمد بن إبراهيم: هذا هو الصواب - يعنى قيس بن الحارث.

قال أبو داود: وحدثنا أحمد بن إبراهيم، قال: حدثنا بكر بن عبدالرحمن قاضى الكوفة، عن عيسى بن المختار، عن ابن أبى ليلى، عن حميضة بن الشمرذل، عن قيس بن الحارث بمعناه.

قال أبو عمر: الصحيح عن هشيم فى هذا الإسناد، الحارث بن قيس، وعن غير هشيم: قيس بن الحارث وهو الصواب إن شاء الله؛ لأن عيسى بن المختار، والكلبى، اجتمعا على ذلك.

هكذا يقول الثورى، عن الكلبى، عن حميضة بن الشمرذل، عن قيس بن الحارث بن حذاف الأسدى، قال: «أسلمت - وكان عندى ثمانى نسوة، فأتيت النبى ﷺ فقال: اختر منهن أربعًا، واترك أربعًا».

ورواه شريك، عن الكلبى، عن حميضة بن الشمرذل، عن الحارث بن قيس، قال: «أسلمت وعندى ثمانى نسوة، فأتيت النبى ﷺ فأمرنى أن أختار منهن أربعًا».

أخبرنا قاسم بن محمد، قال: حدثنا خالد بن سعد، قال: حدثنا أحمد بن عمرو، قال: حدثنا ابن سنجر، قال: حدثنا الفضل بن دكين، قال: حدثنا شريك - فذكره. =

الشرح: قد روى عنه ﷺ: «أنه أمر غيلان بن سلمة الثقفى الذى أسلم، وعنده عشر نسوة أن يمسك منهن أربعًا، ويفارق سائرهن»[١] ، ولم يحد له إمساك الأوائل ولا غيرهن، وذلك يقتضى أنه خير فى أن يمسك من شاء منهن ويفارق سائرهن، وبذلك قال مالك والليث والشافعى[٢].

=وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا جرير، عن الكلبى، عن ابن شمرذل، عن قيس بن الحارث الأسدى، قال: «أسلمت وتحتى ثمانى نسوة، فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال: اختر منهن أربعًا».

قال أحمد بن زهير: كذا قال ابن الشمرذل - بالذال وإنما هو الشمرذل وهو الرجل الطويل.

وحدثنا سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر ابن أبى شيبة، قال: حدثنا بكر بن عبدالرحمن، قال: حدثنا عيسى بن المختار، عن ابن أبى ليلى، عن حميضة بن الشمرذل، عن قيس بن الحارث الأسدى، «أنه أسلم وتحته ثمانى نسوة، فأمره رسول الله ﷺ أن يختار منهن أربعًا».

قال أبو عمر: الأحاديث المروية فى هذا الباب كلها معلومة، وليست أسانيدها بالقوية، ولكنها لم يرو شىء يخالفها عن النبى ﷺ، والأصول تعضدها والقول بها والمصير إليها - أولى وبالله التوفيق.

(١) أخرجه ابن ماجه برقم ١٩٥٣، ٦٢٨/١ كتاب النكاح باب ٤٠، عن ابن عمر. أحمد ٤٤/٢، عن ابن عمر. ابن أبى شيبة ٣١٧/٤، عن ابن عمر. البخارى فى تاريخه ٢٤٨/٦، عن عثمان بن محمد. الدارقطنى ٢٦٩/٣، عن ابن عباس. الطحاوى بمعانى الآثار ٢٥٣/٣، عن محمد بن أبى سويد.

(٢) ذكر ابن عبد البر فى هذه المسألة اختلف الفقهاء وما لهم من أراء فى هذه المسألة بستفاضة، فقال: قد اختلف الفقهاء فى ذلك، فقال مالك، والشافعى، ومحمد بن الحسن، والأوزاعى، والليث بن سعد: إذا أسلم الكافر، كتابيًا كان أو غير كتابى، وعنده عشر نسوة، أو خمس نسوة، أو ما زاد على أربع، اختار منهن أربعا، ولا يبالى كن الأوائل أو الأواخر، على ما روى فى هذه الآثار عن النبى ﷺ، وكذلك إذا أسلم وتحته أختان اختار أيتهما شاء، إلا أن الأوزاعى روى عنه فى الأختين أن الأولى امرأته.

وقال الثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف: يختار الأوائل فإن تزوجن فى عقدة واحدة، فرق بينه وبينهن.

وقال الحسن بن حى: يختار الأربع الأوائل، فإن لم يدر أيتهن أول، طلق كل واحدة منهن تطليقة، حتى تنقضى عدتهن، ثم يتزوج منهن أربعًا إن شاء.

وقال أحمد بن المعذل: سئل عبدالملك عن رجل أسلم وعنده عشر نسوة، قال: يفارق ستا ويقيم على أربع، وتلك السنة التى أمر بها رسول الله ﷺ الثقفى. =

.. ..

=قال عبدالملك: فإن وجد الاثنتين من الأربع أختيه، قال: يكون له من الست اثنتان، لأنه لم يطلق، إنما ظن السلطان أنه قد أبقى له أربعًا، ففسخ ما سوى ذلك بتخييره إياه، ثم انكشف أن منهن أختين له، فينبغى أن يرد إلى تخييره، كما لو كن عنده، أمسك أربعًا وفسخ ما سوى ذلك.
قال أحمد: يعنى تخييره من الست اثنتين؛ لأنه رجل كان عنده ثمانى نسوة، فكان عليه أن يفارق أربعًا، فغلط عليه السلطان فنزع منه ستا؛ لأن أختيه من الرضاعة لم يكونا زوجتيه، قيل لعبدالملك: فلم تزوجن؟ قال: إذ لا يكون له إليهن سبيل؛ لأنه أحلهن لمن نكحهن. قال: وإن كان خفى على الحاكم، فإنه حكم قد فات، وقيل: النكاح لم يفت، فمن هناك رد عليه. قال: وإذا تزوجت فهى مثل المطلقة، لم تبلغها الرجعة فتزوجت، وهى زوجة للأول ففاتت ومضى ذلك. قال: ولو أسلم، وعنده أختان من نسب، أو رضاع، أو امرأة وعمتها كان ذلك كله كأنما عقده، وهو مسلم، عقدًا واحدًا.
وقال أبو ثابت: قلت لابن القاسم: أرأيت الحربى أو الذمى يسلم وقد تزوج الأم والابنة فى عقدة واحدة، أو عقدتين فلم يبن بهما، أله أن يحبس أيتهما شاء ويفارق الأخرى؟ قال: نعم، قلت: وهذا قول مالك؟ قال: نعم. قال مالك: إلا أن يكون مسهما جميعًا فإن مسهما جميعًا فارقهما جميعًا.
قال ابن القاسم: وإن مس واحدة ولم يمس الأخرى، لم يكن له أن يختار التى لم يمس، وامرأته هاهنا التى قد مس. قال: وأخبرنى من أثق به، عن ابن شهاب، أنه قال فى المجوسى يسلم وتحته الأم وابنتها: أنه إن لم يكن أصاب واحدة منهما، اختار أيتهما شاء، وإن وطئ إحداهما، أقام على التى وطئ وفارق الأخرى، وإن مسهما جميعًا، فارقهما جميعًا، ولم تحل له واحدة منهما أبدًا.
وقال ابن أبى أويس: قال مالك فى الرجل ينكح المرأة المشركة وابنتها، فدخل بهما، ثم أسلم ويسلمان: أنه يفرق بينهما وبينه، ولا ينكح واحدة منهما أبدًا.
قال إسماعيل: كل ملك لا يجوز لمسلم أن يستأنفه، فإنه لا يجوز للذى أسلم أن يقيم عليه. قال: وحدثنى أبو ثابت، قال: حدثنى عبدالله بن وهب، قال: أخبرنى ابن لهيعة، عن ابن أبى حبيب، أن مجوسيًا أسلم، وكان تحته امرأة وابنتها، فكتب فيه عمر بن عبدالعزيز أن له فى النساء سعة، ففرق بينهما وبينه، ثم لا يرتجع منهما شيئًا.
قال عبدالله: وأخبرنى أسامة بن زيد الليثى، أن عدى بن أرطأة كتب إلى عمر بن عبدالعزيز يسأله عن رجل من المجوس أسلم وعنده امرأة وابنتها أسلمتا معه، فكتب إليه عمر أن يطلقهما جميعًا، وقال: لا أحب أن يمسك واحدة منهما وقد أطلع ذلك المطلع منهما.
وقال ابن أبى أويس: قال مالك فى المشرك يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، أنه يختار منهن أربعًا، ولا يبالى أوائل كن أو أواخر، هو فى ذلك بالخيار.
قال مالك: وذلك أنه لو مات من الأوائل أربع، أو أكثر، أو أقل، جاز له أن يحبس من الأواخر=

وكذلك لو كانت تحته أختان؛ لكان له أن يختار أيتهما شاء، وسواء تزوجهما في عقد واحد أو عقود مختلفة. وقال أبو حنيفة: ليس له أن يمسك إلا الأوائل، فإن تزوجهن في عقد واحد، فرق بينه وبينهن، ثم تزوج من شاء منهن، وبه قال الثورى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المتقدم، ولم يسأله عن صفة نكاحهن، وهو موضع حكم والسؤال عن أسبابه مع أن الغالب أنه لا يتزوجهن في عقد واحد، والله أعلم.

مسألة: وهذا مبنى على أن أنكحة الكفار فاسدة لعروها عن شروط الصحة، لكن إن كان الفساد يقارن العقد فقط، فذلك الذى يصححه الإسلام، فإن كان يبقى بعد العقد وأدركه الإسلام، بطل النكاح، وإن انقضى قبل الإسلام صححه الإسلام.

وذلك مثل أن تنكح المرأة فى عدتها، ثم تسلم وهى فى عدتها، فقد قال ابن القاسم: يفسخ النكاح. قال أشهب: وإن لم يكن بنى بها، ولو وطئ بعد إسلامه فى العدة، لم تحل له أبدًا.

وكذلك من تزوج على سنة المتعة، فأسلم قبل الأجل، فسخ نكاحه، ولو أسلم بعد الأجل ثبت نكاحه، بنى أو لم يبن، قاله أشهب، وذلك كله من كتاب محمد، ووجهه ما تقدم.

مسألة: ومن أسلم وعنده عشر نسوة، فلم يختر منهن حتى مات، قال محمد: سمعت من قال: إنهن يرثن منه الثمن مع الولد، والربع مع عدمه، ومن دخل بها منهن فلها صداقها، ومن لم يبن بها فلها خمسا صداقها. قال محمد: لأنه لم يكن عليه إن لم يدخل بها، إلا صداق أربع يقسم ذلك بينهن، والله أعلم.

=أربعًا، ولو كان كما يقول هؤلاء، لم يصح أن يحبس الأواخر إذا مات الأوائل؛ لأن نكاحهن فاسد فى قولهم.

قال ابن نافع: وكان ابن أبى سلمة يقول: يحبس الأوائل.

أخبرنا عبدالله بن محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود.

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قالا: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا وهب بن جرير، عن أبيه، قال: سمعت يحيى بن أيوب يحدث، عن يزيد بن أبى حبيب، عن أبى وهب الجيشانى، عن الضحاك ابن فيروز، عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله، إنى أسلمت وتحتى أختان، قال: طلق أيتهما شئت. ورواه ابن وهب، عن ابن لهيعة، عن أبى وهب الجيشانى، سمع الضحاك ابن فيروز، عن أبيه، مثله سواء. انتهى.

مسألة: ولو طلق أربعًا من العشرة، فقد قال محمد بن عبدوس: ليس له أن يختار من العشر غير الأربعة؛ لأن طلاقه للأربع اختيار لمن طلق، وبالطلاق وقع على المطلقات.

ووجه ذلك أن الطلاق إنما يقع فى نكاح، وإنما يتعلق بالزوجة، فإذا وجه الطلاق إليها، فقد اختارها زوجة، فإذا استوعب أربعة بالطلاق، فقد استوعب من كان له أن يختار، ولا سبيل له إلى سائرهن إلا بنكاح جديد كما لو اختار أربعًا، ثم طلقهن.

١٢٢٠ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَحُمَيْدَ ابْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَعُبَيْدَ اللَّهِ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كُلُّهُمْ يَقُولُ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَقُولُ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ، ثُمَّ تَرَكَهَا حَتَّى تَحِلَّ وَتَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَيَمُوتَ عَنْهَا أَوْ يُطَلِّقَهَا، ثُمَّ يَنْكِحُهَا زَوْجُهَا الأَوَّلُ، فَإِنَّهَا تَكُونُ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ طَلاقِهَا.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ السُّنَّةُ عِنْدَنَا الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا.

الشرح: قول عمر، رضى الله عنه: **«أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين»**، يريد ما لم يستوعب الثلاث، **«ثم تركها، حتى تحل، وتنكح زوجًا غيره، فيموت عنها أو يطلقها، ثم ينكحها الأول، فإنها عنده على ما بقى من طلاقها»**، يريد إن كان طلقها قبل أن يتزوجها الثانى طلقة، فإنها إذا رجعت إليه تكون عنده على طلقتين.

فإن كان طلقها طلقتين قبل الثانى، فإنها إذا رجعت للأول لا يبقى له فيها إلا طلقة واحدة؛ لأن الزوج لا يهدم من الطلاق إلا الثلاث، فأما الطلقة والطلقتان، فلا يهدمها الزوج، وبهذا قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: يهدم الطلقة والطلقتين، وإذا رجعت إلى الأول بعد أن طلقها طلقة أو طلقتين، فإنها تكون عنده على جميع الطلاق كما لو طلقها ثلاثًا، ثم رجعت إليه بعد زوج.

١٢٢٠ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٦/٣٥١. ابن أبى شيبة ٥/١٠١. ابن حزم فى المحلى ١٠/٢٥٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٠٢.

١٢٢١ – مَالِك، عَنْ ثَابِتِ بْنِ الأَحْنَفِ أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّ وَلَدٍ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ ابْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَدَعَانِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ فَجِئْتُهُ، فَدَخَلْتُ عَلَيْهِ، فَإِذَا سِيَاطٌ مَوْضُوعَةٌ، وَإِذَا قَيْدَانِ مِنْ حَدِيدٍ، وَعَبْدَانِ لَهُ قَدْ أَجْلَسَهُمَا، فَقَالَ: طَلِّقْهَا، وَإِلا وَالَّذِي يُحْلَفُ بِهِ فَعَلْتُ بِكَ كَذَا وَكَذَا، قَالَ: فَقُلْتُ: هِيَ الطَّلاقُ أَلْفًا، قَالَ: فَخَرَجْتُ مِنْ عِنْدِهِ، فَأَدْرَكْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ بِطَرِيقِ مَكَّةَ، فَأَخْبَرْتُهُ بِالَّذِي كَانَ مِنْ شَأْنِي، فَتَغَيَّظَ عَبْدُ اللَّهِ، وَقَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ بِطَلاقٍ، وَإِنَّهَا لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْكَ، فَارْجِعْ إِلَى أَهْلِكَ، قَالَ: فَلَمْ تُقْرِرْنِي نَفْسِي حَتَّى أَتَيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ، وَهُوَ يَوْمَئِذٍ بِمَكَّةَ أَمِيرٌ عَلَيْهَا، فَأَخْبَرْتُهُ بِالَّذِي كَانَ مِنْ شَأْنِي، وَبِالَّذِي قَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ. قَالَ: فَقَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ: لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْكَ، فَارْجِعْ إِلَى أَهْلِكَ، وَكَتَبَ إِلَى جَابِرِ بْنِ الأَسْوَدِ الزُّهْرِيِّ، وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ يَأْمُرُهُ أَنْ يُعَاقِبَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَأَنْ يُخَلِّيَ بَيْنِي وَبَيْنَ أَهْلِي، قَالَ: فَقَدِمْتُ الْمَدِينَةَ فَجَهَّزَتْ صَفِيَّةُ امْرَأَةُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ امْرَأَتِي حَتَّى أَدْخَلَتْهَا عَلَيَّ بِعِلْمِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، ثُمَّ دَعَوْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَوْمَ عُرْسِي إِلَى وَلِيمَتِي فَجَاءَنِي.

الشرح: قوله: «فدخلت عليه، فإذا سياط موضوعة وقيدان حديد وعبدان»، يقتضى مع كمال الحديث أن هذا عند عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير مما يقع به الإكراه الذى يمنع وقوع الطلاق.

وروى ابن المواز: أن التهديد بالضرب، وإن قل، وأن السجن إكراه، وكذلك أخذ بعض المال، وقال فيمن مر بعشار، فقال فى أمة، هى له حرة: لا شىء عليه.

وروى عيسى، عن ابن القاسم فى يمين المكره: إن كان لم يحلف، فلا شىء عليه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن يكون يعلم أن الحالف يقدر على ذلك، وأنه ممن لا ينزع عنه، وليس من شروطه أن لا يتحقق ذلك أن لا يسرع فيه، وعلى هذا يدل حديث ثابت بن الأحنف.

فصل: وقوله: «فقال: طلقها، وإلا والذى يحلف به، فعلت بك كذا وكذا، فقلت:

١٢٢١ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٥٨/٧. ومعرفى السنن والآثار ١٤٨٠٧/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٠٣.

هي الطلاق ألفًا»، يقتضى أنه طلقها مكرهًا، وقد أفتاه عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير بأن ذلك لا يلزمه، وهو المعروف من قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يلزم المكره طلاقه، وبه قال النخعي والشعبي، ويروى عن سعيد بن المسيب.

والدليل على ما نقوله ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: **«لا طلاق فى إغلاق»**(١) والإغلاق الإكراه.

ومن جهة المعنى أن هذا طلاق لو أقر به لم يلزمه، فإذا أوقعه لم يلزمه كطلاق المجنون.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فسواء أكره على إيقاع الطلاق أو الإقرار به، أو اليمين به، أو الحنث في يمين، لزمت به كل ذلك لا يلزمه؛ لأنه معنى يتضمن الطلاق، فلم يلزم بالإكراه كالإقرار.

فصل: وقوله: **«ثم دعوت عبد الله بن عمر إلى وليمتى، فجاءنى»**، يقتضى بقاءه على ما أفتاه به من أن المكره لا يلزمه طلاق، ولذلك حضر وليمة بنائه بها مع علمه بأنه قد كان طلقها مكرهًا.

وكتب عبد الله بن الزبير إلى جابر بن الأسود يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن لما كان من تعديه على ثابت وظلمه له، وإن كان ما ألجأه إليه من الطلاق لا يلزمه، وهذا هو الواجب على من إليه شيء من أمور المسلمين أن ينصف ضعيفهم من قويهم، والله الموفق للصواب.

١٢٢٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَرَأَ: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِقُبُلِ عِدَّتِهِنَّ»(١).

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث رقم ٢٠٤٦. أبو داود حديث رقم ٢١٩٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٨٢٨.

١٢٢٢ - أخرجه مسلم فى الطلاق بحديث رقم ٣٦٠٦. أبو داود فى الطلاق بحديث برقم ٢١٨٥. النسائى فى الطلاق ١٣٩/٦. البيهقى فى معرفى السنن والآثار ١٤٦٢٠/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٠٤.

(١) الذى فى القراءات السبع: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ الطلاق رقم ١.

قال ابن جنى فى المحتسب ٣٨٦/٥ قرأ: «فَطَلِّقُوهُنَّ فى قُبُلِ عِدَّتِهِنَّ» - النبى ﷺ وعثمان وابن=

قَالَ مَالِك: يَعْنِي بِذَلِكَ أَنْ يُطَلِّقَ فِي كُلِّ طُهْرٍ مَرَّةً(١).

الشرح: قوله: «**فطلقوهن لقبل عدتهن**»، يحتمل أن يريد به أنه سمعه يورد ذلك على سبيل التفسير، فأما القراءة، فلا تكون إلا على ما تضمنه المصحف.

ومعنى قوله: «**لقبل عدتهن**»، أن يطلقها طاهرًا، فتلك المدة التى تستقبل بها العدة، يريد أن تبدأ فيها، وهو قريب من معنى قوله تعالى: ﴿**فطلقوهن لعدتهن**﴾ [الطلاق: ١] لأن معنى ذلك أن تطلق فى حالة تعتد بها.

ولا خلاف أنه لا يجوز الطلاق فى حال الحيض، فثبت أن الأمر بالطلاق تناول حال الطهر، وثبت بذلك أن زمن الطهر هو الذى يقع الاعتداد به، وهو الذى تستقبل العدة به.

وقوله عن مالك: «**إن معنى ذلك أن يطلق فى كل طهر مرة**»، مما انفرد به يحيى بن يحيى، وقد أنكرت هذه الرواية على يحيى بن يحيى، وقيل إنها مخالفة لمذهب مالك، رحمه الله؛ لأن طلاق السنة عنده أن يطلق طلقة فى كل طهر، أى فى طهر سأله أن يبتدئ به الطلاق، ويوقعه مرة واحدة لا يتبعها فى ذلك الطهر طلقة ثانية.

وليس فى ذلك الطلاق إيقاع طلاق فى الطهر الثانى، ولا المنع منه؛ لأن الأمر جهته التعلق بالعموم، ولا يجوز لمن تأول ذلك التعلق بالعموم؛ لأنه لا يجوز عنده أن يطلق فى طهر قد مس فيه، والله أعلم.

١٢٢٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ الرَّجُلُ إِذَا طَلَّقَ

=عباس وأُبىُّ بن كعب وجابر بن عبد الله ومجاهد وعلى بن الحسين وجعفر بن محمد، رضى الله عنهم. وقال: هذه القراءة تصديق لمعنى قراءة الجماعة: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾، أى عند عدتهن. ومثله قول الله تعالى: ﴿لاَ يُجَلِّيهَا لِوَقْتِهَا إِلاَّ هُوَ﴾، أى: عند وقتها.

وضبط كذلك فى مختصر شواذ القراءات بضم القاف وسكون الباء من قُبْل، وفى غيرهما: قُبُل: بضم القاف والباء. انظر: مختصر شواذ القراءات ١٥٨، الكشاف ١١٨/٤، مجمع البيان ٣٠٢/١٠.

(١) قال ابن عبد البر: هذا التفسير لم يروه أحد عن مالك فى الموطأ غير يحيى، والله أعلم.

١٢٢٣ - أخرجه الترمذى فى الطلاق واللعان ١١٩٢.

وصله الترمذى من طريق يعلى بن شبيب عن هشام عن أبيه عن عائشة، وقال: المرسل أصح وصحح الحاكم فى مستدركه الموصول وقد تابع يعلى على وصله محمد بن إسحاق عن هشام أخرجه ابن مردويه فى تفسيره وممن رواه مرسلا هشام عبد الله بن إدريس وعبدة بن سلمان وجرير بن عبد الحميد وجعفر بن عون. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٣٥/٢.

امْرَأَتَهُ ثُمَّ ارْتَجَعَهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا، كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا أَلْفَ مَرَّةٍ، فَعَمَدَ رَجُلٌ إِلَى امْرَأَتِهِ، فَطَلَّقَهَا حَتَّى إِذَا شَارَفَتِ انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا رَاجَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا ثُمَّ قَالَ: وَاللَّهِ لا آوِيكِ إِلَيَّ، وَلا تَحِلِّينَ أَبَدًا، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة ٢٢٩] فَاسْتَقْبَلَ النَّاسُ الطَّلاقَ جَدِيدًا مِنْ يَوْمِئِذٍ مَنْ كَانَ طَلَّقَ مِنْهُمْ أَوْ لَمْ يُطَلِّقْ.

١٢٢٤ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يُرَاجِعُهَا وَلا حَاجَةَ لَهُ بِهَا، وَلا يُرِيدُ إِمْسَاكَهَا كَيْمَا يُطَوِّلُ بِذَلِكَ عَلَيْهَا الْعِدَّةَ لِيُضَارَّهَا، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿**وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ [البقرة٢٣١] يَعِظُهُمُ اللَّهُ بِذَلِكَ.

الشرح: الآية الأولى نزلت فى تقدير الطلاق، وما للرجل منه، وأنه ليس له من ذلك إلا طلقتان تعقبهما رجعة، وطلقة ثالثة لا رجعة بعدها، فقطع بذلك تبارك وتعالى ضرر من كان يستديم الطلاق.

والارتجاع، يمنع بذلك الزوجة من أن تحل لغيره، ولا يعيدها هو إلى حال الزوجية التى يقتضيها عقد النكاح من الإمساك بالمعروف، وقصد المواصلة، فقدر الله تعالى بهذه الآية أن جميع ما للزوج فى المرأة ثلاث تطليقات.

فإذا استوعبها فى كلمة أو كلمات، ووقت واحد أو أوقات، لم يبق له فيها رجعة، ولا كان له أن يمنعها من نكاح غيره، إذا انقضت عدتها.

ومعنى الآية أن الطلاق الرجعى مرتان، ويحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى: ﴿**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ أن هذا حكم الطلاق الرجعى، وهذا للزوج، وله أن يمسكها بإحسان، يريد والله أعلم، على المواصلة، والمقصود بالزوجية لا يضارها، ويطول عليها بالرجعة عدتها.

ولذلك قال تعالى: ﴿**ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا**﴾، يريد فى تطويل العدة عليهن أو يسرحها بإحسان، إن لم تكن له بها حاجة، فإن طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، يريد والله أعلم، الطلقة الثالثة.

١٢٢٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٠٦.

فصل: وقوله تعالى: ﴿**ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا**﴾ نهاهم الله بهذه الآية عن أن يكون الارتجاع الذى أبيح لهم على وجه الإضرار، وأعلمهم أنه وإن كان قد ينفذ فيه حكمهم، فإنهم قد أمروا بإيقاعه على وجه المعروف دون الإضرار

فمن أوقعه على وجه الإضرار، فقد ظلم نفسه، فما تناولته الآية الأولى غير ما تناولته الآية الثانية، والله أعلم.

١٢٢٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلا عَنْ طَلاقِ السَّكْرَانِ فَقَالا: إِذَا طَلَّقَ السَّكْرَانُ جَازَ طَلاقُهُ، وَإِنْ قَتَلَ، قُتِلَ بِهِ.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قولهما: «**إذا طلق السكران، جاز طلاقه**»، وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب والنخعى والشعبى وابن سيرين وأكثر الفقهاء، وبه قال مالك وأبو حنيفة والأوزاعى والثورى.

وللشافعى فى ذلك قولان، أحدهما: يلزمه الطلاق، وعليه أكثر الصحابة. والثانى: لا يلزمه، وبه قال المزنى. وروى ذلك عن عثمان بن عفان وربيعة ويحيى بن سعيد الأنصارى.

والدليل على ما نقوله أن كل من لزمه القطع بالسرقة والقصاص فى القتل، لزمه الطلاق.

وأصل ذلك الصحيح، ولا خلاف فى إلزامه القطع بالسرقة، إلا ما روى عن عثمان الليثى، وليس ممن يعتد بخلافه، وهو محجوج بالإجماع قبله، وأما القصاص فى القتل فلا خلاف فيه.

قال القاضى أبو الوليد، أيده الله: والذى عندى فى هذا أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة، وإنما يتعين مع صحة قصده إلى ما يقصده، ولذلك يقتص منه فى القتل، ولا خلاف فيه، وأما لو بلغ إلى حد أن يغمى عليه، ولا يبقى له عقل جملة، فهذا لا يصح منه تطليق إذا بلغ هذه الحالة، ولا يتهيأ منه ضرب ولا قصد إلى قتل ولا غيره.

وإنما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر؛ لأن سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون

١٢٢٥ - أخرجه ابن أبى شيبة ٥/٣٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٠٧.

الذى يذهب العقل جملة، وإنما يتغير العقل تغييرًا يجترئ بـه علـى معـان لا يجـترئ عليهـا صاحيًا كالسفيه، ولو علم أنه بلغ حد الإغماء لما اقتص منه، ولا لزمـه طـلاق ولا غـيره كسائر من أغمى عليه.

فرع: وأما من سقى السيكران، ثم حلف بطلاق أو غيره، فقد قال أصبغ فى العتبية: لا يلزمه شىء، وهو كالبرسام، وهو لم يدخله على نفسه، ولو قصـد شـربه علـى وجـه الدواء والعلاج، فأصابه ما بلغ ذلك منه، فلا شىء عليه، وليس كشارب الخمر.

ومعنى ذلك أن شرب السيكران يذهب العقل، ويجعل صاحبه كالمبرسم، وقال: ذلك فى المريض يطلق فى هذيانه، لا يلزمه، ولو طلق، وقد ذهب عقله من المرض، ثم صـح، فأنكر ذلك، حلف ولم يلزمه.

وأما شارب الخمر، فملتذ بسكره، ومعناه الاجتراء على المعـاصى، وتشـعب الأمـانى مع بقاء كثير من الميز الذى يلزمه به القصـاص والحـدود، ولـم يختلـف أصحابنـا فـى أن الحدود والطلاق تلزمه.

وأما ما لم يتعلق بتحريم، ولا كان فيـه عتـق كـالبيع، والنكـاح، والهبـة، والصدقـة، وعطيته، وإنكاح ابنته، وإقراره بالدين.

قال سحنون: لا يجوز شىء من ذلك، وهو ظاهر قول مالك. وقال ابن نـافع: يجـوز عليه كل شىء كالبيع وغيره.

ووجه قول مالك أن أقل أحواله حال سكره أنه سفيه، فلا يلزمه شىء من ذلك كما لا يلزم السفيه.

ووجه قول سحنون أن هذه حقوق لازمة كالطلاق والحدود.

ووجه قول ابن نافع أن من ليـس محجـورًا عليـه، ومعـه مـن المـيز مـا يجـب عليـه بـه القصاص، فإنه يلزمه سائر أفعاله كالصاحى.

وأما وصيته، فقد قال سحنون: ما كان منها له الرجوع فيه، فلا يجوز عليه، ومـا لـ يكن له الرجوع كالعتق المبتل، فهو لازم، ثم رجع سحنون بالعشى، فقال: تلزمه وصـ بـالعتق ووصيتـه لقـوم، ولا يكـون أسـوأ حـالاً مـن الصبـى والسـفيه تجـوز وصيتهـ فالسكران أحرى أن تجوز وصيته، وإنما لم يلزمه البيع؛ لأنه لا يلزم الصبى ولا السفيه.

١٢٢٦ – مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا لَمْ يَجِدِ الرَّجُلُ مَا يُنْفِقُ عَلَى امْرَأَتِهِ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ أَدْرَكْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا.

الشرح: قوله: «**إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما**»، يقتضى أن لها عليه نفقة لازمة له، تقابل استحقاقه لاستدامة نكاحها. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ومن جهة المعنى ما قدمناه من أن النفقة فى مقابلة استدامة الاستمتاع، ولا خلاف فى ذلك.

وفى هذا أربعة أبواب، أحدها: فى ذكر من يستحق النفقة من الزوجات، وتستحق عليه من الأزواج. والباب الثانى: فيما يسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز. والباب الثالث: فى قدر النفقة وصفتها. والباب الرابع: فيما يجب من الخيار بالإعسار عن ذلك.

* * *

الباب الأول فى ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج

تجب النفقة على الزوج الحر لزوجته الحرة ما دامت الزوجية بينهما باقية، ولم يكن من قبلها نشوز، وذلك إذا دخل بها، أو دعى إلى الدخول بها، وكانا جميعًا من أهل الاستمتاع، وهو أن يكون الزوج بالغًا، وتكون هى ممن يستمتع بمثلها، ويمكن وطؤها. وإن لم يبلغ، فإن كان الزوج ممن لم يبلغ، أو كانت هى ممن لا يمكن وطؤها لصغرها، فلا نفقة لها خلافًا للشافعى فى ترك اعتبار ذلك فى أحد قوليه.

ووجه ذلك أن الاستمتاع غير متأت منها، فلم تستحق العوض من النفقة كالمطلقة البائنة.

مسألة: وهذا إذا كان الزوجان موسرين، فإن كان معسرًا، فلا تلزمه نفقة؛ لقوله تعالى: ﴿**لا يكلف الله نفسًا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرًا**﴾ [الطلاق: ٧]، فإن أيسر بعد ذلك، لم يتبع بما أنفقته على نفسها حال إعساره.

١٢٢٦ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٠٨.

ووجه ذلك أنه حق لا يتعلق بذمة الزوج، وإنما يتعلق بماله، فلا يلزمه إذا أيسر.

مسألة: فإن كان موسرًا، وأراد السفر، نظر إلى قدر سفره، فوضع لها من النفقة بقدر ذلك أو أقام حميلاً، قاله ابن المواز، وهو مذهب ابن القاسم. وقال ابن حبيب، عن ابن الماجشون: ليس لها عليه حميل بالنفقة.

وجه القول الأول أنه إذا غاب تعذر عليها تحصيل النفقة من جهته، فكان عليه أن يترك من النفقة بقدر ما يرى من جهة سفره كالذى عليه الدين يريد سفرًا يقتضى حلول أجله، قبل إيابه، فعليه أن يوجه وجهًا لقضائه.

ووجه القول الثانى أن هذه نفقة زوجة، فلم يجب على الزوج توثقة بها كالحاضر المقيم معها.

مسألة: وإذا غاب الزوج موسرًا، واحتاجت الزوجة إلى نفقة، فلا يخلو أن تنفق على نفسها لترجع عليه أو ترفع ذلك إلى السلطان.

فإن أنفقت على نفسها، ثم قدم زوجها فأقر بذلك، دفع إليها ما أنفقته، إلا أن يكون أكثر مما يفرض لمثلها، فله أن يمنع الزائد على ذلك، وإن مانعها فى ذلك، فلا يخلو أن تدعى أنه أوصل إليها ما أنفقته، وإن كان معسرًا مدة غيبته، فإن ادعى أنه أوصل إليها، فإن كانت لم تشهد، فالقول قوله؛ لأن الظاهر أن ما فى بيته من نفقة وما أشبهها له.

وإن كانت أشهدت على ذلك أهل محلها وجيرانها، فلما قدم زعم أنه خلف النفقة أو بعث بها، ووصلت، ففى العتبية وكتاب محمد، عن ابن القاسم: يحلف الزوج ويصدق كالحاضر.

ووجه ذلك أنه لم يتقدم فى ذلك قضاء عليه، ولا أمر من الحاكم لها بالإنفاق على نفسها، فلما عريت قصتها من حكم حاكم، لم يؤثر فى ذلك الإشهاد.

مسألة: وإن كانت رفعت ذلك إلى حاكم من الحكام، فقد قال ابن القاسم: إن القول لها من يوم رفعت ذلك، وقاله أصبغ، ورآه كالحكم لها.

ووجه ذلك أنها رفعت ذلك إلى الحاكم، ونظر فى أمره، ولم يجد له مالاً، وأباح لها الإنفاق على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه، فكان القول فيه قولها.

مسألة: فإن قال: كنت معسرًا فى تلك المدة، فما أثبت فيه عدمه، فقد روى محمد،

عن ابن القاسم: أنه إذا قدم اتبعته بما كان فى مدة الحكم لها موسرًا، وسقط ما كان فيه معسرًا، سواء كان وقت الحكم أو وقت القدوم، معسرًا أو موسرًا.

ومعنى ذلك أن هذا تضمنه حكم الحاكم؛ لأنه لا يجوز له أن يلزم النفقة معسرًا، ولا أن يسقطها عن موسر.

وفى كتاب ابن حبيب أنه إن جهل أمره، وأرادت أن ترجع عليه، فذلك لها، ويشهد لها بذلك الإمام أنه إن كان مليًّا، فقد فرضت لها عليه نفقة مثلها من مثله، ويؤرخ اليوم، ويذكر الشهر، فلا يؤثر على هذا الحكم إلا فى تحقيق ما ثبت عنده من حاله فى عسر أو يسر، وفى إزالة يده عما تنفقه بحكمه، والله أعلم.

فرع: فإذا ثبت عسره أو يسره، فعلى ما تقدم، وإن جهل أمره، ففى كتاب محمد، عن ابن القاسم: أن المعتبر الحالة التى يقدم عليها، فإن قدم معسرًا، فهو مصدق فيما يدعيه من الاعتبار، وإن قدم موسرًا، لم يصدق فى ذلك إلا ببينة.

وروى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: أنه على الحالة التى خرج عليها، فإن خرج معسرًا، فهو على ذلك، وإن خرج موسرًا، فهو على ذلك، وإن لم يعلم على أى حالة خرج عليها، فهو على اليسار حتى يقيم البينة بالإعسار. وفى العتبية عن ابن كنانة وسحنون: أن القول قوله، وعلى المرأة البينة.

وجه قول ابن القاسم أن الحالة التى قدم عليها هى الحالة التى يجب أن تعتبر؛ لأنها حالته يوم الحكم عليه، فإذا لم يكن يسار مما تحمل عليه أحواله قبل ذلك، فهذه الحالة الأولى؛ لأنها ثابتة له يوم الحكم عليه.

ووجه قول ابن الماجشون أن الحالة التى فارق عليها يجب استصحابها حتى يبين خروجها عنها.

ووجه قول ابن كنانة أن الأحوال تختلف وتنتقل، فلا يعتبر بحال، والأصل العدم، لاسيما فيما يثبت ولا يتعلق بالذمة.

فصل: وهذا إذا كانا حرين، سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده، فإن كانا عبدين أو أحدهما، فإن كان العبد له زوجة حرة، فقد قال ابن المواز: لا خلاف أن العبد عليه أن ينفق على زوجته الحرة. قال مالك: ويقال له أنفق أو طلق وأحب إلىّ أن تشترط عليه النفقة بإذن سيده.

ووجه ذلك أن هـذا مـن أحكـام الزوجيـة، فـلزمت الـزوج العبـد كـالصداق، وإنما يستأذن السيد لتعلق حقه بمال العبد.

مسألة: فإن كانا عبدين، أو كانت الزوجة أمة، ففى الواضحة: أن على العبـد النفقـة على زوجته الأمة، لا على سيده. ورواه أشهب عن مالك: لا نفقة لهـا، إلا أن تشـترط عليه.

وذكر ابن المواز، عن مالك: أن الأمة إن بوئت مع زوجها الحر أو العبد، فعليه نفقتها وكسوتها، وإن كانت عند أهلها، فـلا نفقـة لهـا، إلا أن تشـترط ذلـك عليـه فـى عقـد النكاح، ثم قال أيضًا: إن كانت تبيت عنده بالليل خاصة، فعليه نفقتها وكسـوتها، ثـم قال: لها النفقة بكل حال، كانت تبيت عنده أو عند أهلها، وإلى هذا رجع ابن القاسم.

وروى ابن وهب، عن مالك: إن كانت هى تأتيه، فعليه النفقة، وإن كان هـو يأتيهـا فى أهلها، فلا نفقة لها.

وقال ابن حبيب، عن ابن الماجشون، عن مالك: نفقة الأمـة وكسـوتها علـى أهلهـا، وعندهم عدتها حتى يشترط ضمها إليه، وعليهم أن يرسلوها إليـه فـى كـل أربـع ليـال، ونفقة تلك الليلة ويومها عليه، وإن ردها فى صبيحة تلك الليلة أو تركهـا عندهـم تلـك الليلة، فنفقة يوم وليلة من كل أربع ليال لازمة له.

وقال أصبغ: النفقة عليه حيث كانت، وهـى مـع أهلهـا حيـث كـانوا حتـى يشـترط ضمها إليه.

* * *

الباب الثانى فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز

أما ما يسقط النفقة عن الزوج، فالطلاق البائن؛ لأنه يمنع الاستمتاع بـأى وجه وقـع من عوض أو غير عوض، وإن كانت حاملاً، فلها النفقة من أجل الحمـل، لا مـن أجـل الزوجية؛ لقول الله تعالى: ﴿**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهـن حتى يضعن حملهـن**﴾ [الطلاق: ٦].

مسألة: وأما الناشز، فقد قال القاضى أبو محمد: لا نفقة لناشز خلافًا للحكم، وعلـى هذا شيوخنا العراقيون. وأما المغاربة، فقد قال محمد بن المواز فـى المرأة يغيـب زوجهـا، فتخرج من منزله، وتأبى أن ترجع، ويأبى أن ينفق عليها حتى ترجـع، قـال مـالك: لهـا اتباعه بذلك.

وروى ابن سحنون، عن أبيه فى المرأة تهرب من زوجها إلى تونس، أو تنشز عنه الأيام، فتطلبه بالنفقة، فقالت: ذلك بغضة فيه، فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده.

قال القاضى أبو محمد: ووجه ذلك أن النفقة فى مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه، فإذا عدم التمكن، لم تجب النفقة كالثمن والمثمون فى البياعات.

ووجه القول الثانى أن النفقة فى مقابلة الاستباحة، فمتى كان الاستمتاع مباحًا، وجبت النفقة فى مقابلة ذلك، ولا تسقط بمنع النكاح كما لا تسقط نفقة العبد بالإباق، والله أعلم.

* * *

الباب الثالث فى قدر النفقة وصفتها

فأما قدر النفقة وصفتها، فقد روى ابن المواز وابن حبيب: أن نفقة الزوجة بقدر العسر واليسر. قال ابن القاسم: ويراعى قدرها من قدره، ويراعى غلاء السعر. قال مالك: وليس المرضع كغيرها، ويفرض للمرضع ما يقوم بها فى رضاعها.

مسألة: وليست النفقة بمقدرة خلافًا للشافعى فى قوله: إنها مقدرة معتبرة بحال الزوج خاصة، فعلى الموسر مدان، وعلى المتوسط مد ونصف، وعلى المعسر مد.

والدليل على ذلك ما روى عنه ﷺ أنه قال لهند بنت عتبة: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1].

ومن جهة المعنى أن أحوال الناس مختلفة، فإذا خالف حال الغنى حال المتوسط، خالف أيضًا حال الغنى حال غنى آخر دونه فى الغنى؛ لأن الزوجة لها حق، وللنفقة تعلق بها، فوجب أن يعتبر بحالها فيها كالمهر، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن المواز، عن مالك: يفرض للمرأة مد بمد مروان كل يوم، وهو مد وثلث بمد النبى ﷺ. وقال ابن حبيب: اتخذه هشام بن إسماعيل لفرض الزوجات، فاستحسنه مالك.

---

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣٦٤، ٧١٨٠. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٤٢٠. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٩٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٩٧، ٢٣٧٠١١، ٢٥١٨٥. الدارمى حديث رقم ٢٢٥٩.

ووجه ذلك أن هذا غالب أقوات الناس؛ لأن مد النبى ﷺ لا يبلغ السعة من القوت، والله أعلم. قال ابن القاسم: يفرض لها فى الشهر ويبتان ونصف إلى ثلاث ويبات.

قال ابن حبيب: وفى الويبات اثنان وعشرون مدًا بمد النبى ﷺ. قال: وأرى القفيز القرطبى فى الشهر وسطًا عندنا، وفيه أربعة وأربعون مدًا.

فيحتمل أن يكون ذلك؛ لأن ابن القاسم إنما فرض الويبتين ونصفًا إلى الثلاث بمصر، وهى أرخص سعرًا، وأوسع عيشًا، واختار ابن حبيب القفيز بالأندلس، وقد قال مالك: إن الويبتين وسط من الشبع بالأمصار، وذلك نحو القفيز القرطبى.

قال مالك: وإن مدًا بمد النبى ﷺ بالمدينة لوسط من عيشهم، فبين أن فى البلد فى ذلك تأثيرًا يراعى؛ لأن الناس إنما يحملون على عادتهم فى سعة الأقوات وضيقها.

فلو ألزم رجال المدينة أقوات أهل الآفاق؛ لأجحف ذلك بهم، ولو قصر نساء أهل الآفاق على أقوات أهل المدينة؛ لأضر ذلك بهن، فكل يحمل على عادته، وما ألف من قوته.

قال ابن القاسم: إن كان ممن له السعة زيد عليه، وإن كانت سعته أكثر من ذلك زيد عليه أكثر من ذلك حتى الخادم ونفقتها.

قال ابن المواز: وإذا كان العيش البر، فالأقل مما تعيش به، وتختلف أحوال الناس فى ذلك، فيكون الرجل يعمل بيديه، ويقل كسبه، فيفرض عليه بمصر ويبتان فى الشهر، فأشار إلى أن ذلك من أقل أقوات أهل مصر.

مسألة: هذا أصل القوت، ويضم إلى ذلك درهم الطحين والخبيز والحطب والماء والزيت. قال ابن حبيب: وغسل ثوب وخل، ولا يفرض على أهل السعة اللحم كل ليلة، ولكن المرة بعد مرة.

قال ابن حبيب: ولا يفرض لها فاكهة ولا صبر ونحوه، ولا ينقص من هذا لفقرهما، ولا يزاد عليه لغناهما إذا تشاحا، يريد والله أعلم، أن هذه وجوه لابد من استيعابها بالإنفاق، ولا يضاف إليها غيرها، وإن وقعت الزيادة والنقص فى معتاد، على ما قاله ابن القاسم.

وقد فسر ذلك ابن المواز، فقال: ويضاف لذلك حناء لمشط رأسها ودهنه وسراجها. وقال ابن حبيب: دهن لرأسها وسراجها.

وقال ابن المواز: وهذا للموسر والمعسر، إلا أن الموسر يزاد عليه بقدره من قدره، يريد فى مقادير هذه الأشياء، قال: فإن كان العسر بينًا فالأقل مما تعيش به، وتختلف فى ذلك أحوال الناس.

قال ابن حبيب: لها فى الشهر من الزيت نصف ربع، ومن الخل ربع، ومن اللحم على الملىء بدرهم فى الجمعة، ودرهمان أو ثلاثة فى صرفها من ماء وغسل ثوب وطحن وخبز وغيره.

وروى أشهب، عن مالك: إن أراد أن يطعمها الشعير، فإن كان الناس قد أكلوه، فذلك له، وإن كان القمح هو الذى يؤكل، فذلك عليه.

ومعنى ذلك أن يكون الشعير قوت أهل ذلك البلد، أو يقل القمح، ويعز لغلاء السعر حتى يأكل أكثر الناس الشعير ممن هو فى منصبه، وعلى مثل حاله، فهذا له أن ينفق الشعير، وإن كان البلد قوت أهله القمح، وكان وقت خصب، فأراد أن تختص بالشعير، لم يكن له ذلك.

مسألة: وأما الثياب، فهى على ضربين، ثياب لباس، وهى ما تنتقل لها، وثياب تلبس على وجه التغطى والغطاء والفرش، واسم اللباس أظهر فى الأول، فقد قال ابن حبيب: عليه قميص وفرو لشتائها من لباس مثلها من جوارب أو فنليات وقميص يواريه ومقنعة، وإن لم تكن فخمار، وإن لم يكن فإزار وخفان وجوربان لشتائها.

وقال ابن المواز: عليه فى اللباس بقدرها من قدره من غير خز ولا وشى ولا حرير، يريد وإن كان متسعًا، فعليه ما يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبة وخمار ومقنعة وسنبتية وإزار وغير ذلك مما لا غنى لها عنه، وإن كان مثلها يلبس القطن ومثله يقدر عليه فرض عليه.

وروى يحيى بن يحيى، عن ابن وهب فى العتبية فى الموسر له زوجة ذات شرف، فليفرض عليه من الثياب الوسط مما لا يعريها إذا لبسته، ولا يجحف بماله، ولا يلزمه من العصب إلا غليظة، وكذلك من الشطوى والخز.

قال يحيى بن يحيى: يعنى فى بلد يكون شىء من ذلك لباسهم، ويكون ما يفرض على مثله فى قدر ماله.

قال أشهب: منهن من لو كساها الصوف أدب، وذلك على أقدارهن. قال مالك: ليس الصوف من لباسهن، ولكن يحكم بما يرى أنه من لباسها.

والذى ذكره ابن حبيب من الفرو والقميص عليه إنما ذلك؛ لأنه كان زى بلده فى ذلك الوقت، وإنما يتبع فى ذلك زى الناس فى وقت الحكم، ولا يخرج مع ذلك عما تقدم من أقوال العلماء.

مسألة: وأما الوطاء والغطاء والفرش، فقد قال ابن حبيب: إن كانت حديثة عهد بالبناء وعندها شورتها من صداقها، فلا شيء عليه، وله أن ينتفع معها بأزرها وبسطها ومرافقها ووسائدها. قال أصبغ: إنما يفرض ذلك للتى لا شورة لها، ولا شيء معها.

قال ابن حبيب: فإن طال العمر وخلقت الشورة، أو لم يكن فى صداقها ما تتشور به، فعليه الوسط من ذلك للصيف والشتاء، يفرض لها فراش ومرفقة وإزار ولحاف ولبد للشتاء وسرير، إن كان بموضع يحتاج إليه لبراغيث أو فأر أو غير ذلك، وإلا فلا سرير عليه.

وذكر ابن المواز، عن ابن القاسم مثله، إلا اللبد، فلم يذكره. قال ابن حبيب: عليه حصير من حلفاء أو بردى يكون تحت الفراش.

ومعنى ذلك كله أن هذا الأصل فى كسوتها، فيزاد فى الجودة وينقص من ذلك على قدر حالها وحاله، والله أعلم.

مسألة: قال ابن المواز: وعليه خمار رأسها. قال ابن حبيب: وعليه دهن رأسها وشراء حناء ومشط وكحل. وروى ابن المواز، عن ابن القاسم: ليس عليه نضوخ، ولا أصباغ، ولا المشط ولا المكحلة.

وروى يحيى بن يحيى، عن ابن وهب: لها الحناء لرأسها، وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين، إلا أن يشاء.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أنه ليس عليه من زينتها إلا ما تستضر بتركها إياه كالكحل الذى يضر تركه ببصر من يعتاده، والمشط الذى بالحناء، والدهن لمن اعتاد ذلك؛ لأن ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه.

والذى نفى ابن القاسم إنما هو المكحلة، ولم ينف الكحل نفسه، فتضمن القولان أن الكحل يلزمه دون المكحلة، وعلى هذا يلزمه ما تمشط به من الدهن والحناء دون الآلة التى تمشط بها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: إن الحاكم مخير بين أن يأخذ بهذه الأشياء،

أو بأثمانها، وذلك لأنه يحتاج الإمام إلى أن يجتهد فى صفاتها إن حضرت كما يحتاج أن يجتهد فى قيمتها.

وإن غابت، فأى ذلك كان أسهل عليه، وأقرب تناولاً وأبين وصولاً إلى الحق أخذ به، وكان الاختيار فى ذلك إليه؛ لأنه هو الذى يقصد العدل فى ذلك، فله أن يصل إليه بأى وجه أمكن له وأيسر عليه.

فرع: ولكم يفرض لها عليه؟ قال ابن سحنون، عن أبيه: إن ذلك بقدر ما يرى السلطان من جدته، فمن الناس من يجرى عليها يومًا بيوم، ومنهم جمعة بجمعة، ومنهم شهرًا بشهر.

مسألة: وإذا ولدت المرأة، فقد قال أصبغ: أجر القابلة على الزوج. قال ابن المواز: إن كانت المنفعة للمرأة، فذلك عليها، وإن كانت للولد، فذلك على الأب، وإن كانت لهما فذلك بينهما.

قال القاضى أبو الوليد، أيده الله: والأظهر قول ابن حبيب؛ لأنها من المؤن التى لا تستبد عنها الزوجية غالبًا، وإذا وجبت عليه النفقة والكسوة، والمرأة تنفرد بمنفعة ذلك، فبأن يجب عليه ذلك، ولا تنفرد المرأة بمنفعته أولى، ولذلك ينفق على الحامل بسبب الحمل، وإن كان معظم المنفعة للحامل، وليس عليه أجر الحجامة، ولا الطيب، قاله ابن حبيب.

وذلك أنها من المؤن التى تندر، وإنما يلزم الزوج ما لا تستبد منه من المؤن المعتادة كالطعام والشراب، ولذلك لم تلزمه الفاكهة لما كانت مما تستبد عنها من المؤن، وتستغنى عن استعمالها.

مسألة: وعليه إخدامها إن كانت ممن لا تخدم نفسها لحالها وغنى زوجها، وليس عليها من الخدمة الباطنة فى بيتها شىء، والخدمة الباطنة هى العجن والطبخ والكنس والفرش وسقى الماء، إذا كان معها، وعمل البيت كله، وعليه أن يخدمها، وإن كانت من أهل الضعة، وليس فى صداقها ما تشترى به خادمًا، فليس على الزوج أن يخدمها، وعليها الخدمة الباطنة.

وأما الغزل والنسج، فليس له ذلك عليها بحال إلا أن تطوع، وإن كان الزوج مليًّا، إلا أنه فى الحال مثلها ما لم يكن من أشرف الرجال الذين لا يمتهنون نساءهم فى الخدمة، وإن كان الزوج معسرًا، فليس عليه إخدامها، وإن كانت ذات قدر وشرف، وعليها الخدمة الباطنة كالدنية.

ووجه ذلك أن الخدمة جارية على المعتاد من الأحوال، واعتبار حال الزوج في ذلك أولى؛ لأن المنزل له، والحال جارية على قدره، ولحال النساء في ذلك اعتبار.

فإن كانا رفيعي الحال، فالخدمة ساقطة، وإن كان هو شريفًا رفيع الحال، فلا خدمة عليها، وإن لم يكن كذلك، وكان غنيًا، روعي في هذا شرفها مع غناه، فلها الخدمة، وإن كان فقيرًا، لم ينفعها شرفها، وكانت الخدمة عليها، ذكر معنى ذلك كله ابن حبيب، عن ابن الماجشون وأصبغ.

مسألة: والذي يلزمه من الخدمة، الإنفاق على خادمها، وإن قال: أنا أدفع إليها خادمًا، ولا أنفق على خادمها، ولم ترض هي إلا بخادمها، فذلك لها، ويلزمه أن ينفق عليه، وإن لم يخدمه، رواه ابن المواز، عن مالك.

ووجه ذلك أن خادمها أطوع لها، وخدمة خادمها أرفع لحالها، فليس عليه أن يضر بها في إزالتها عنها وإبدالها بغيرها.

مسألة: إذا كان مثلها لا تكفيها خادم واحدة، وحاله يحمل، لزمه أن يخدمها خدمة مثلها خلافًا لأبي حنيفة والشافعي لقوله تعالى: ﴿**وعاشروهن بالمعروف**﴾ [النساء: ١٩].

ومن جهة المعنى أن خدمة الثانية خدمة تحتاج الزوجة إليها مع أن حالهما يليق ذلك بهما، فكانت لازمة للزوج كخدمة الخادم الأولى.

* * *

الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالإعسار عن ذلك

مذهب مالك، رحمه الله، أن الإعسار بالنفقة والمؤنة، يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه، وبين أن تقيم معه بلا نفقة، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يفرق بينه وبين امرأته بذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا نوع ملك تستحق به النفقة، فكان للإعسار بها تأثير في إزالته كملك اليمين.

مسألة: وإن أعسر بمثل قوتها، غير أنه يجد أدنى من ذلك، مثل أن تكون المرأة ذات الحال والشرف ممن لا تلبس خشن الثياب، ولا تتناول غليظ العيش، فاعدم الزوج حتى لا يجد إلا كسوة دنية، وقوتًا دون قوت خادمها من قمح أو شعير أو سلت غير مأدوم.

روى يحيى، عن ابن القاسم فى العتبية: لا يفرق بينهما، ورب بلد لا ينفق فقيرهم وغنيهم إلا الشعير.

وقال ابن حبيب: إن لم يجد إلا الخبز ونحوه، وما يوارى عورتها، ولو بثوب واحد، قال مالك: من غليظ الكتان، لم يفرق بينهما، كانت غنية أو فقيرة.

ووجه ذلك أنه إذا اضطر لعسره إلى أن ينفق قوتًا ليس من أقواتها، فليس ذلك مما يوجب لها الخيار؛ لأنه واجد لقوت معتاد، وإنما يجب لها الخيار إذا لم يجد قوتًا معتادًا.

مسألة: فإن عدم أحد الأمرين النفقة أو الكسوة، ووجد الآخر، فقد قال ابن وهب: يفرق بينهما، رواه ابن حبيب، عن مالك. ومعنى ذلك إن طلبته.

ووجه ذلك أنه معسر بما يلزمه لها بحق الزوجية.

مسألة: وإن أعسر بالصداق قبل البناء، قال سحنون: أو ببعضه، فلها الخيار.

ووجه ذلك أن المهر أكثر اختصاصًا بالنكاح من النفقة؛ لأنه عوض البضع ثم ثبت وتقرر أن لها الخيار بالإعسار بالنفقة، فبأن يكون الخيار بالإعسار بالمهر أولى وأحرى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن أعسر بالنفقة واختارت الفرقة، فقد روى مطرف، عن مالك: يؤجل الشهر والشهرين. قال أصبغ: إن لم يطمع له بمال، فلا يؤجل إلا الشهر، لا يبلغ الشهرين.

وقال القاضى أبو محمد: قيل يؤجل الشهر، وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها، وهذه الرواية رواها ابن حبيب، عن مالك أنه قال: وما علمت أنه يضرب أجل فى النفقة إلا الأيام اليسيرة.

قال محمد: وقول أصحابنا فيه الشهر، وقاله مالك. وقال ابن وهب: ويستأنى لمن لم يجد الكسوة شهرين، وهذا كله على قدر الاجتهاد من الحاكم، فيؤجل للذى يرجو له إحراز النفقة ما لا يؤجل لمن لا يرجوه أو لمن يضعف فيه الرجاء، ما لم يضر ذلك بالمرأة إضرارًا كثيرًا، وعدم بعض الأشياء أحق من عدم بعض.

وقد روى عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب، عن مالك فى واجد النفقة دون الصداق: يؤجل فى الصداق ثلاث سنين. وقال أيضًا: سنتين.

قال ابن حبيب، عن أصبغ: وإن عجز عن النفقة والصداق، ولم يوسع له فى أجل الصداق، وهذا كله على ما تقدم، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا تزوجته على الغنى أو تزوجته عالمة بأنه محتاج، إلا أن تكون عرفت بأنه سائل يتكفف الناس، فلا حجة لها، رواه ابن المواز، عن مالك. قال ابن حبيب، عن مالك: أو علمت أنه فقير لا يجرى النفقة على النساء لفقره، فلا قول لها.

قال القاضى أبو محمد: ووجه ذلك أنها راضية بعيبه، فقد أقدمت على معرفتها بحاله كمشترى السلعة بها عيب يعلمه، فلا رد له به.

مسألة: إذا حكم عليه بالفرقة، فهى فرقة بعد البناء لم يستكمل بها عدة الطلاق، ولا كانت لعوض ولا لضرر بالزوج، فكانت رجعية.

أصل ذلك طلاق المولى، وصحة رجعته معتبرة بيسار، فإن ارتجع كانت رجعية موقوفة، فإن أيسر فى العدة صحة رجعته، وإن لم ييسر حتى انقضت العدة، بطلت الرجعة، وبانت منه بانقضاء العدة، والله أعلم.

* * *

عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً

١٢٢٧ – مَالِك، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدِ بْنِ قَيْسٍ، عَنْ أَبِى سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَأَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: آخِرَ الأَجَلَيْنِ. وَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: إِذَا وَلَدَتْ، فَقَدْ حَلَّتْ، فَدَخَلَ أَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِىِّ ﷺ فَسَأَلَهَا عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ: وَلَدَتْ سُبَيْعَةُ(*) الأَسْلَمِيَّةُ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا(*) بِنِصْفِ شَهْرٍ، فَخَطَبَهَا رَجُلانِ أَحَدُهُمَا شَابٌّ، وَالآخَرُ كَهْلٌ، فَحَطَّتْ إِلَى الشَّابِّ، فَقَالَ الشَّيْخُ: لَمْ تَحِلِّى بَعْدُ، وَكَانَ أَهْلُهَا غَيَبًا، وَرَجَا إِذَا جَاءَ أَهْلُهَا أَنْ يُؤْثِرُوهُ بِهَا، فَجَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «قَدْ حَلَلْتِ، فَانْكِحِى مَنْ شِئْتِ»(١).

١٢٢٧ – أخرجه البخارى فى تفسير القرآن ٤٩١٠. مسلم فى الطلاق ١٤٨٥. الترمذى فى الطلاق واللعان ١١٩٤. النسائى فى الطلاق ٣٥٠٧، ٣٥٠٨، ٣٥٠٩، ٣٥١٠، ٣٥١١، ٣٥١٢، ٣٥١٣، ٣٥١٤. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٦١١٨، ٢٦١٧٥. الدارمى فى ٢٢٧٩، ٢٢٨٠، عن عبيدالله بن عبد الله، عن أبيه. ابن أبى شيبة ٤/٢٩٩.

(*) سبيعة: هى بنت الحارث.

(*) زوجها هو سعد بن خولة وكانت وفاته فى حجة الوداع.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/٣٦٤: هذا حديث صحيح جاء من طرق شتى كثيرة ثابتة=

.. ..

=كلها من رواية الحجازيين والعراقيين، وأجمع العلماء على القول به إلا ما روى، عن ابن عباس في هذا الحديث وغيره؛ وروى مثله، عن على بن أبى طالب من وجه منقطع، أنه قال فى الحامل المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الأجلين، يعنى إن كان الحمل أكثر من أربعة أشهر وعشر، اعتدت بوضعه، وإن وضعت قبل أربعة أشهر وعشر، أكملت أربعة أشهر وعشرًا؛ فهذا مذهب ابن عباس وعلى بن أبى طالب، على أنه قد روى، عن ابن عباس رجوعه إلى حديث أم سلمة فى قصة سبيعة. ومما يصحح هذا عنه أن أصحابه: عكرمة، وعطاء وطاوس، وغيرهم، على القول بأن المتوفى عنها الحامل، عدتها: أن تضع حملها على حديث سبيعة؛ وكذلك سائر العلماء من الصحابة والتابعين، وسائر أهل العلم أجمعين كلهم يقول: عدة الحامل المتوفى عنها أن تضع ما فى بطنها من أجل حديث سبيعة هذا؛ وأما مذهب على، وابن عباس، فى هذه المسألة، فمعناه الأخذ باليقين؛ لمعارضة عموم قوله عز وجل فى المتوفى عنهن: ﴿يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا﴾ ولم يخص حاملاً من غير حامل، وعموم قوله عز وجل: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ ولم يخص متوفى عنها من غيرها، فمن لم يبلغه حديث سبيعة لزمه الأخذ باليقين فى عدة المتوفى عنها الحامل، ولا يقين فى ذلك لمن جهل السنة فى سبيعة إلا الاعتداد بآخر الأجلين. ومثال هذا مسألة أم الولد تكون تحت زوج قد زوجها منه سيدها ثم يموت، زوجها، ولا تدرى أيهما مات قبل صاحبه، فإنها تعتد من حين مات الآخر منهما، أربعة أشهر وعشرًا فيها حيضة؛ وعلى هذا جماعة العلماء القائلين بأن عدة أم الولد من سيدها حيضة، ومن زوجها شهران وخمس ليال كلهم يقول هاهنا بدخول إحدى العدتين فى الأخرى؛ ومعلوم أنهما لا يلزمانها معًا، وإنما يلزمها إحداهما؛ فإذا جاءت بهما معًا على الكمال فى وقت واحد، فذلك أكثر ما يلزمها؛ لأنها إن كان سيدها قد مات قبل زوجها، فلا استبراء عليها من سيدها؛ وإن كان سيدها مات بعد مضى شهرين وخمس ليال، فعليها أن تأتى بحيضة تستبرئ بها نفسها من سيدها؛ ومعنى هذه المسألة الشك فى أيهما مات أولاً، وفى المدة هل هى شهران وخمس ليال أو أكثر؟ وقد قيل إن معنى هذه المسألة: أنها لا تدرى هل بين موتيهما يوم واحد، أو شهران وخمس ليال أو أكثر؛ وفى هذه المسألة لأهل الرأى نظر، ليس هذا موضع ذكره؛ وإنما ذكرناها من جهة التمثيل، وأنه من وجب عليه أحد شيئين يجهله بعينه، لزمه الإتيان بهما جميعًا.

ذكر عبدالرزاق، عن ابن جريج، عن عطاء، قال: كان ابن عباس يقول: إن طلقها، وهى حامل ثم توفى عنها، فآخر الأجلين، أو مات عنها وهى حامل، فآخر الأجلين؛ قيل له: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ قال ذلك فى الطلاق.

قال: وأخبرنا ابن جريج، عن عطاء، قال: إن طلقها حبلى، فإذا وضعت فلتنكح حين تضع، وهى فى دمها لم تطهر. قال: وأخبرنا ابن جريج، عن عمرو بن مسلم، عن عكرمة أنه أخذ فى ذلك بحديث سبيعة. قال: وأخبرنا معمر والثورى، عن الأعمش، عن أبى الضحى، عن مسروق، قال: قال ابن مسعود: ومن شاء باهلته أو لاعنته، إن الآية التى فى سورة النساء القصرى=

١٢٢٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، وَهِيَ حَامِلٌ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: إِذَا وَضَعَتْ حَمْلَهَا، فَقَدْ حَلَّتْ، فَأَخْبَرَهُ رَجُلٌ مِنَ الأَنْصَارِ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَوْ وَضَعَتْ وَزَوْجُهَا عَلَى سَرِيرِهِ لَمْ يُدْفَنْ بَعْدُ، لَحَلَّتْ.

الشرح: قول أبى هريرة وعبد الله بن عباس فى الحامل برأيهما، دون نص، ولم تنكر عليهما أم سلمة، ولا أبو سلمة، ولا أحد، دليل على الإجماع بالقول بالرأى والقياس فيما لم يكن عندهم فيه نص.

ولو كان عند أبى هريرة النص الذى أظهرته أم سلمة لاحتج به كما احتجت به أم سلمة؛ لأنهم إنما كانوا يبدأون فى احتجاجهم بالنص، ولو احتج به أبو هريرة لرجع عبد الله بن عباس عن مخالفته، وترك معارضته كما أمسك عن المراجعة لما ورد عليه النص.

ولذلك روى عن ابن عباس أنه رجع إلى القول بحديث سبيعة، وهى سبيعة بنت الحارث الأسلمية «أن الحامل تحل بالوضع»، وبه قال علماء الأمصار، ولا نعلم فيه خلافًا، إلا ما روى عن ابن عباس، وقد رجع عنه.

وقد روى عن على بن أبى طالب، رضى الله عنه، رواه الأعمش، عن أبى الضحى، عن مسروق، قال: بلغ ابن مسعود أن عليًا يقول: هى لآخر الأجلين، يعنى الحامل المتوفى عنها زوجها.

فقال ابن مسعود: من شاء لاعنته أن هذه التى فى سورة النساء القصرى: **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** [الطلاق: ٤] نزلت بعد التى فى البقرة: **﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا﴾** [البقرة: ٢٣٤].

وليس بين الحديث والآية تناف؛ لأن المراد بالآية من ليس بحامل بدليل أن الحمل

=﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾، نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا﴾، الآية قال: وبلغه أن عليًا، رضى الله عنه، قال: هى آخر الأجلين، فقال ذلك.

قال أبو عمر: روى عن عمر، وابن عمر، مثل قول ابن مسعود، وهو قول سعيد بن المسيب، وابن شهاب، وعليه الناس.

١٢٢٨ - أخرجه البخارى فى الطلاق ٥٣٢٠. النسائى فى الطلاق ٣٥٠٣، ٣٥٠٤. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٢٩. أحمد فى مسند الكوفيين ١٨٤٣٨.

استمر بها أكثر من أربعة أشهر وعشر، لم تنقص العدة بأربعة أشهر وعشر، فتضمنت الآية حكم الحامل، والحديث تضمن حكم الحامل، وهو من آخر ما حكم به النبى ﷺ؛ لأن سبيعة الأسلمية كانت تحت سعد بن خولة، فتوفى عنها بمكة فى حجة الوداع.

وأما عبد الله بن مسعود، فذهب إلى معنى النسخ، ولذلك قال: أنزلت الآية التى فى سورة النساء القصرى: ﴿**وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن**﴾ بعد التى فى البقرة: ﴿**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا**﴾ وقدمنا القول فى ذلك بما تقتضيه أصول أصحابنا، والله أعلم وأحكم.

فصل: وسؤال أبى سلمة عن ذلك أم سلمة لما رجا أن يكون عندها من العلم فى ذلك، فكان الأمر على ما ظنه وأخبرته أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر، وأن النبى ﷺ قال لها: «قد حللت، فانكحى من شئت».

وأخبر ﷺ أنها قد حلت بالولادة حلاً تستبيح به نكاح من شاءت، وأما ما رجاه أبو السنابل، قيل اسمه بعكك بن الحاج العبدرى، من أن يؤثره بها من غاب من أهلها إذا قدموا، فإنما معناه أن يصرفوا رغبتها عنه إلى الرغبة فيه، لا أنهم يملكون إجبارها على ما لا تريده من ذلك، والله أعلم.

فصل: وقول عمر، رضى الله عنه: «**لو وضعت وزوجها لم يدفن بعد حلت**»، يريد أن ولادتها إذا كانت بعد وفاته، ولو قبل أن يدفن، فقد فات، ولا يراعى فى ذلك مضى مدة، وإنما تراعى ولادتها بعد وفاته.

١٢٢٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ سُبَيْعَةَ الأَسْلَمِيَّةَ نُفِسَتْ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قَدْ حَلَلْتِ فَانْكِحِي مَنْ شِئْتِ».

١٢٣٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ

١٢٢٩ - أخرجه أحمد، عن المسور ٣٢٧/٤. البخارى فى الطلاق بحديث رقم ٥٣٢٠. الإمام أحمد ٣٢٧/٤. الشافعى فى الأم ٢٢٤/٥. النسائى فى الطلاق ١٩٠/٦. الشافعى فى المسند ٥٢/٢، ٥٣. البيهقى فى السنن الكبرى ٤٢٨/٧. وفى معرفة السنن والآثار ١٥٢٨٢/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢١٠.

١٢٣٠ - أخرجه البخارى فى تفسير القرآن ٤٩١٠. مسلم فى الطلاق ١٤٨٥. الترمذى فى الطلاق واللعان ١١٩٤. النسائى فى الطلاق ٣٥٠٧، ٣٥٠٨، ٣٥٠٩، ٣٥١٠، ٣٥١١،=

عَبَّاسٍ وَأَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ اخْتَلَفَا فِي الْمَرْأَةِ تُنْفَسُ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ، فَقَالَ أَبُو سَلَمَةَ: إِذَا وَضَعَتْ مَا فِي بَطْنِهَا، فَقَدْ حَلَّتْ لِلأَزْوَاجِ، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: آخِرَ الأَجَلَيْنِ، فَجَاءَ أَبُو هُرَيْرَةَ، فَقَالَ: أَنَا مَعَ ابْنِ أَخِي، يَعْنِي أَبَا سَلَمَةَ، فَبَعَثُوا كُرَيْبًا مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ يَسْأَلُهَا عَنْ ذَلِكَ، فَجَاءَهُمْ فَأَخْبَرَهُمْ أَنَّهَا قَالَتْ: وَلَدَتْ سُبَيْعَةُ الأَسْلَمِيَّةُ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «قَدْ حَلَلْتِ فَانْكِحِي مَنْ شِئْتِ».

قَالَ مَالِك: وَهَذَا الأَمْرُ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «إذا وضعت ما فى بطنها فقد حلت»، يريد انقضت ولادتها، فإن كان الولد واحدًا، حلت بتمام ولادته، وإن كان توأمين، فولدت أحدهما، لم تنقض عدتها إلا بوضع الثانى.

قال أشهب: وتنقضى العدة فى الوفاة بوضع العلقة والمضغة. وأما الدم المجتمع، فلا تنقضى به عدة.

وقال مالك فى المدونة: وما ألقته المرأة من مضغة أو علقة أو شىء يستيقن أنه ولد، فإنه تنقضى به العدة، وتكون به الأمة أم ولد.

وليس هذا بخلاف لقول أشهب؛ لأنه أراد به الدم السائل الذى جرت العادة أن تقذفه الأرحام من حيض أو غيره ما يعلم أنه ليس بولد أو لا يعلم أنه ولد. وأما العلقة تقع بها براءة الرحم، فإنها ليست بدم سائل، بل هو مجتمع على صفة يعلم بها أنها ولد.

* * *

مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تحل

١٢٣١ – مَالِك، عَنْ [سَعْدِ بْنِ إِسْحَاقَ][*] بْنِ كَعْبِ بْنِ عُجْرَةَ، عَنْ عَمَّتِهِ

=٣٥١٢، ٣٥١٣، ٣٥١٤. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٦١١٨، ٢٦١٧٥. الدارمى فى ٢٢٧٩، ٢٢٨٠.

١٢٣١ – أخرجه الدارمى ٢/١٦٨، عن فريعة بنت مالك. الطحاوى بمعانى الآثار بنحوه مختصرا ٣/٧٧، عن فريعة بنت مالك بن سنان. النسائى بنحوه مختصرا ٦/٢٠٠، عن فريعة بنت مالك. أبو داود بلفظه كتاب الطلاق باب ٤٤، ٢/٣٠٠، عن فريعة بنت مالك بن سنان. الترمذى برقم ١٢٠٤، ٣/٤٩٩ كتاب الطلاق باب ٢٣، عن فريعة بنت مالك، وابن ماجه ٢٠٣١، =

.. ..

=٦٥٤/١ كتاب الطلاق باب ٨، عن فريعة بنت مالك. ابن أبى شيبة ١٨٥/٥، عن فريعة بنت مالك. البيهقى فى السنن ٤٣٤/٧، عن فريعة بنت مالك بن سنان. ابن حبان ٢٤٧/٦، عن الفريعة بنت مالك. سعيد بن منصور برقم ١٣٦٥، ٣٢٢/١، عن فريعة بنت مالك. البغوى بشرح السنة ٣٠١/٩، عن فريعة بنت مالك.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٦٩/٧: هكذا قال يحيى: سعيد بن إسحاق، وتابعه بعضهم؛ وأكثر الرواة يقولون فيه سعد بن إسحاق، وهو الأشهر، وكذلك قال شعبة وغيره. وقال عبد الرزاق فى هذا الحديث: عن الثورى، ومعمر، عن سعيد بن إسحاق كما قال يحيى، كذلك فى كتاب الدبرى.

أخبرنا خلف بن سعيد، قال: حدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الدبرى، قال أخبرنا عبدالرزاق، قال أخبرنا معمر، عن الزهرى، عن ابن لكعب بن عجرة، قال: حدثتنى عمتى، وكانت تحت أبى سعيد الخدرى، أن فريعة حدثتها أن زوجها خرج فى طلب أعلاج أباق، حتى إذا كان بطرف القدوم - وهو جبل - أدركهم فقتلوه. قالت: فأتت رسول الله ﷺ فذكرت له أن زوجها قتل، وأنه تركها فى مسكن ليس له، واستأذنته فى الانتقال، فأذن لها فانطلقت حتى إذا كانت بباب الحجرة، أمير بها فردت وأمرها أن تعيد عليه حديثها - ففعلت؛ فأمرها ألا تبرح حتى يبلغ الكتاب أجله. قال: وأخبرنا معمر، عن سعيد بن إسحاق، قال: أحمد بن خالد كذا قرأ علينا الدبرى سعيد بن إسحاق، وإنما أعرفه سعد ابن إسحاق؛ فقرأ علينا عن عبدالرزاق، عن معمر، عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، أنه حدثه، عن عمته زينب ابنة كعب بن فريعة: بهذا الحديث؛ وزاد معمر: فلما كان فى زمن عثمان أتت امرأة تسأله، عن ذلك، قالت فريعة: فذكرت له، فأرسل إلى فسألنى فأخبرته، فأمرها ألا تخرج من بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله.

قال: وأخبرنا الثورى، عن سعيد بن إسحاق، هكذا قال سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، عن عمته زينب ابنة كعب بن عجرة، عن فريعة ابنة مالك أن زوجها قتل بالقدوم، قالت: فأتت النبى ﷺ فقالت له: إن لها أهلاً فأمرها أن تنتقل، فلما أدبرت دعاها فقال: امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشرًا.

قال: وأخبرنا ابن جريج، قال: أخبرنى عبدالله بن أبى بكر أن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، أخبره عن عمته زينب ابنة كعب بن عجرة، أن فريعة بنت مالك أخت أبى سعيد الخدرى، أخبرتها أن زوجًا لها خرج حتى إذا كان من المدينة على ستة أميال عند طرف جبل يقال له القدوم، تعادى عليه اللصوص فقتلوه؛ وكانت فريعة فى بنى الحارث بن الخزرج فى مسكن لم يكن لبعلها، إنما كان سكناها فجاءها إخوتها - فيهم أبو سعيد الخدرى، فقالوا: ليس بأيدينا سعة فنعطيك ونمسك ولا يصلحنا إلا أن نكون جميعًا، ونخشى عليك الوحش؛ فسلى النبى ﷺ فأتت النبى ﷺ فقصت عليه ما قال إخوتها بالوحشة، واستأذنته فى أن تعتد=

زَيْنَبَ بِنْتِ كَعْبِ بْنِ عُجْرَةَ أَنَّ الْفُرَيْعَةَ بِنْتَ مَالِكِ بْنِ سِنَان، وَهِيَ أُخْتُ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَخْبَرَتْهَا، أَنَّهَا جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَسْأَلُهُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَى أَهْلِهَا فِي بَنِي خُدْرَةَ، فَإِنَّ زَوْجَهَا خَرَجَ فِي طَلَبِ أَعْبُدٍ لَهُ أَبَقُوا حَتَّى إِذَا كَانُوا بِطَرَفِ الْقَدُومِ[1] لَحِقَهُمْ فَقَتَلُوهُ، قَالَتْ: فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَرْجِعَ إِلَى أَهْلِي فِي بَنِي خُدْرَةَ، فَإِنَّ زَوْجِي لَمْ يَتْرُكْنِي فِي مَسْكَنٍ يَمْلِكُهُ وَلا نَفَقَةٍ، قَالَتْ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ

=عندهم؛ فقال: افعلى، إن شئت، قالت: فأدبرت حتى إذا كنت فى الحجرة، قال: تعالى عودى لما قلت فعادت؛ فقال: امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله. ثم إن عثمان بعثت إليه امرأة من قومه تسأله أن تنتقل من بيت زوجها فتعتد فى غيره؛ فقال: افعلى، ثم قال لمن حوله: هل مضى من النبى ﷺ أو من صاحبى فى مثل هذا شىء؟ فقالوا: إن فريعة تحدث عن رسول الله ﷺ أرسل إليها فأخبرته؛ فانتهى إلى قولها، وأمر المرأة أن لا تخرج من بيتها.

قال ابن جريج: وأخبرت أن هذه المرأة التى أرسلت إلى عثمان أم أيوب بنت ميمون بن عامر الحضرمى، وأن زوجها عمران بن طلحة بن عبيد الله، هكذا قال عبدالله بن أبى بكر سعد بن إسحاق، وكذلك قال يحيى القطان: حدثنا عبدالرحمن بن يحيى، قال: حدثنا أبو محمد عبدالله بن محمد بن يوسف.

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، وسعيد بن نصر، قالا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا محمد بن مسعود، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، قال: حدثنى سعد بن إسحاق، قال: حدثتنى زينب بنت كعب، عن فريعة بنت مالك، قالت: خرج زوجى فى طلب أعلاج، فأدركهم بطرف القدوم فقتلوه؛ فأتى نعيه، وأنا فى دار شاسعة من دور أهلى، فأتيت النبى ﷺ فقلت له: إنى أتانى نعى زوجى وأنا فى دار شاسعة من دور أهلى، ولم يدع لى نفقة، ولا مالاً ورثته، وليس المسكن لى؛ فلو تحولت إلى إخوتى وأهلى، كان أرفق بى بعض شأنى؛ فقال: تحولى، فلما خرجت من المسجد أو الحجرة، دعانى أو أمر بى فدعانى، فدعيت له؛ فقال: امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله، فاعتددت أربعة أشهر وعشرًا، فأرسل إلى عثمان فأتيته، فحدثته فأخذ به.

أخبرنا قاسم بن محمد، قال: حدثنا خالد بن سعد، قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن منصور، قال: حدثنا محمد بن عبدالله بن سنجر، قال: حدثنا عبدالله بن نمير، قال: حدثنى يحيى بن سعيد، عن سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، عن عمته زينب بنت كعب أنها سمعت فريعة ابنة مالك بن سنان تحدث أن زوجها قتل بمكان بالمدينة يسمى طرق القدوم، وأن فريعة ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ وهى تريد أن تنتقل من بيت زوجها إلى أهلها، فذكرت، أن رسول الله ﷺ رخص لها فى ذلك فقامت؛ ثم دعا بها رسول الله ﷺ فقال: «امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله».

(١) القدوم: موضع على ستة أميال من المدينة.

ﷺ: «نَعَمْ». قَالَتْ: فَانْصَرَفْتُ حَتَّى إِذَا كُنْتُ فِى الْحُجْرَةِ نَادَانِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَوْ أَمَرَ بِى، فَنُودِيتُ لَهُ، فَقَالَ: كَيْفَ قُلْتِ، فَرَدَّدْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ الَّتِى ذَكَرْتُ لَهُ مِنْ شَأْنِ زَوْجِى، فَقَالَ: «امْكُثِى فِى بَيْتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ». قَالَتْ: فَاعْتَدَدْتُ فِيهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا. قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ أَرْسَلَ إِلَىَّ، فَسَأَلَنِى عَنْ ذَلِكَ، فَأَخْبَرْتُهُ فَاتَّبَعَهُ وَقَضَى بِهِ.

الشرح: قوله ﷺ للفريعة: **«نعم»**، لتنتقل إلى بنى خدرة فى عدتها من وفاة زوجها، ثم استرجعها بعد ذلك، فلما رددت عليه القصة منعها من ذلك، وأمرها أن تمكث فى بيتها حتى تنقضى عدتها، فيحتمل أن يكون على وجه النسخ للحكم الأول.

ويحتمل أن يكون اعتقد أولاً فى قولها أن زوجها لم يتركها فى مسكن يملكه، ولا يملك سكناه، وكان لفظها محتملاً لذلك، فأمرها بالانتقال على ذلك، ثم رأى أن لفظها محتمل، فاسترجعها، وأمرها بأن تعيد عليه قصتها، فتبين له من إعادتها أنها نفت أن يكون ترك منزلاً يملك رقبته، وأنها مع ذلك فى منزل قد ملك زوجها سكناه، إما باكتراء أو هبة، أو وجه من الوجوه، فأمرها بالمقام، وإتمام العدة فيه.

مسألة: فإذا كان الزوج يملك رقبة المسكن، فإن للزوجة العدة فيه، وعليه أكثر الفقهاء مالك وأبو حنيفة والشافعى والأوزاعى والثورى وغيرهم، وبه قال عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وأم سلمة. وروى عن ابن عباس وعائشة وجابر ابن عبد الله: تعتد حيث شاءت.

والدليل على صحة القول الأول حديث الفريعة، وأمره ﷺ لها أن تمكث فى بيتها، حتى يبلغ الكتاب أجله، وأنها امتثلت ذلك، بأن اعتدت فيه عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرًا.

وهذا حديث ثابت، رواه عن سعيد بن إسحاق، مالك والثورى ووهيب بن خالد وحماد بن زيد وعيسى بن يونس وعدد كثير، وابن عيينة والقطان وشعبة. وقد رواه مالك، عن ابن شهاب، لم يرو عنه غيره، وقد أخذ به عثمان بن عفان.

وقال القاضى أبو إسحاق: وهو الناسخ لقول الله عز وجل: ﴿**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا وصية لأزواجهم متاعًا إلى الحول غير إخراج**﴾ [البقرة: ٢٤٠].

ومن جهة المعنى أن هذه عدة، فكان من حكمها المسكن للزوجة كالمطلقة.

قال القاضى أبو إسحاق: وإنه قد احتيط فى عدة المتوفى عنها زوجها أكثر مما احتيط فى المطلقة لموت من كان يطلب بالنسب.

فثبتت عدة المتوفى عنها زوجها فى حكم غير المدخول بها، ولم تثبت عدة المطلقة بها في غير المدخول بها، وجعلت عدة المتوفى عنها زوجها الشهور دون الحيض احتياطًا عليها؛ لأن الشهور يظهر أمرها، والحيض يخفى أمره.

ثم ثبت وتقرر أن السكنى مراعى فى المطلقة حفظًا للنسب؛ فبأن تثبت فى حكم المتوفى عنها زوجها أولى وأحرى. وهذا معنى ما أشار إليه القاضى، وربما وصلته بما يتممه، والله أعلم.

فرع: وهل يجوز بيع الدار إذا كانت للمتوفى، وأراد ذلك الورثة؟ الذى عليه جمهور أصحابنا، أن ذلك جائز، ويشترط فيه العدة للمرأة، قال ابن القاسم: لأنها أحق بالسكنى من الغرماء. وقال محمد بن عبد الحكم: البيع فاسد؛ لأنها قد ترتاب، فتمتد عدتها.

وجه قول ابن القاسم أن الغالب السلامة، والريبة نادرة، وذلك لا يؤثر فى فساد العقود، لاسيما إذا كان القصد لا يؤثر فى ذلك.

ووجه قول ابن عبد الحكم أن اختلاف مدة القبض إذا كان فيها تفاوت أثرت فى فساد العقد كما لو كانت السكنى لغير الزوجة.

فرع: فإن وقع البيع فيه بهذا الشرط، فارتابت، قال مالك فى كتاب محمد: هى أحق بالمقام حتى تنقضى الريبة، وأحب إلينا أن يكون المشترى بالخيار فى فسخ البيع وإمضائه، ولا يرجع بشىء؛ لأنه داخل فى العدة المعتادة، ولو وقع البيع بشرط زوال الريبة، كان فاسدًا.

وقال سحنون: لا حجة للمشترى، وإن تمادت الريبة إلى خمس سنين؛ لأنه دخل على العدة، والعدة قد تكون خمس سنين، ونحو هذا روى أبو زيد، عن ابن القاسم، وهذا عندى على قول من يرى للمبتاع الخيار. وأما على قول من يلزمه ذلك، فلا تأثير للشرط، والله أعلم.

ووجه قول مالك أن البيع يصح؛ لأنه انعقد على المعتاد من العدة، فإن أتى من الريبة غير المعتاد، كان له الخيار.

ووجه قول سحنون أنه إنما دخل على أقصى أمد الحمل، فإن انقضت العدة قبل ذلك، فلا رجوع عليه، والله أعلم.

مسألة: وإن كان السكنى للزوج دون الرقبة، فلها السكنى فى مدة العدة خلافًا لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله ما روى عنه ﷺ أنه قال للفريعة بنت مالك، وقد علم أن زوجها لم يملك رقبة المسكن: «امكثى فى بيتك، حتى يبلغ الكتاب أجله»، ولا يمكن أن يأمرها بذلك إذا لم يملك الزوج الرقبة، ولا السكنى، وكانت الدار لمعين للإجماع على أنه ليس لها ذلك.

ولا يحمل على أن المنزل كان لها أو له، لما روى وهب بن خالد أنها قالت: إن زوجها لم يدع منزلاً يملكه، ولا نفقة، وإنى امرأة شاسعة الدار، فإن رأيت أن أتحول إلى أهلى وجيرانى، أو قالت: أهلى وأهل دارى، وهذا يدل على أنها لم تكن لها دار ولا جيران هناك.

وروى معمر عن الزهرى أنها ذكرت للنبى ﷺ أن زوجها قتل، وأنه تركها فى مسكن لها، واستأذنته فى الانتقال، وذكر الحديث.

ومن جهة المعنى أنه ترك دار سكنى يملك سكناها ملكًا لا تباعة عليه فيه، فلزم أن تعتد الزوجة فيه. أصل ذلك إذا ملك رقبتها.

مسألة: وإذا كان قد أدى الكراء، فإن كان لم يؤده، فالذى فى المدونة: أنه لا سكنى لها فى مال الميت، وإن كان موسرًا.

وروى محمد، عن مالك: الكراء اللازم للميت فى ماله، ولا تكون الزوجة أحق بذلك، وتحاص الورثة فى السكنى، وللورثة إخراجها، إلا أن تسكن فى حصتها، ويؤدى كراء حصصهم.

ووجه ذلك أن حقها إنما تعلق بما يملكه من السكنى ملكًا تامًا، وإنما ملك العوض الذى بيده ولا حق فى ذلك للزوجة، إلا بالميراث دون السكنى؛ لأن ذلك مال، وليس بسكنى، وإذا ملك السكنى ملكًا تامًا تعلق حق الزوجة به، والله أعلم.

مسألة: وإذا رضى الورثة فى مدة الكراء، وأهل الدار بعد انقضاء مدة الكراء، أن يأخذوا منها الكراء، ويقروها على السكنى، لم يكن لها الخروج. قال فى المدونة: إلا أن يطلب منها ما لا يشبه من الكراء، فلها الخروج.

ووجه ذلك أن السكنى لها لازم فى ذلك المسكن، وإنما للورثة، وصاحب الدار فى الدار حق تقدم على حقها؛ لأنه حق متعلق بعين الدار، فإذا أسقطوا حقهم ذلك، ورضوا بعوضه على المعتاد، لزمها المقام، فإن كان نقد بعض الكراء، فلها السكنى فى جميع ما نقد فيه، وهى فى باقى المدة مما لم ينقد فيها على ما تقدم.

مسألة: ولو كان قد طلقها واحدة أو البتة، قال فى المدونة: واحدًا بائنًا أو ثلاثًا، ثم مات فى العدة، فقد لزمه السكنى، وهو فى ماله، وإن لم يكن نقد. وروى ابن نافع فى المدونة: أنه كالمتوفى عنها زوجها، ولم تطلق.

وجه القول الأول أنها مطلقة، قد ثبت لها حكم السكنى، وإنما تعتد عدة المطلقة، فثبت لها فى السكنى حكم المطلقة.

ووجه الرواية الثانية أن ملكه قد زال عن ماله، فلم تلزمه النفقة فى السكنى. أصل ذلك التى لم تطلق.

مسألة: وهذا إذا ملك السكنى لمدة معينة بكراء أو إسكان، مثل أن يسكن عشرة أعوام، فيتوفى عند انقضائها أو قبل انقضائها بشهر، فإن لصاحب الدار، ولمن صارت إليه السكنى بعد تلك المدة إخراجها منها.

وفى وثائق أبى عبد الله بن العطار: أن هذا حكم زوجة إمام المسجد، يموت، وهو ساكن فى دار المسجد؛ لأنه إنما يسكنها على سبيل الأجرة، فمتى تخرج من الدار بعد وفاة زوجها، إن أحب أهل المسجد.

فرع: هذا المشهور من أقول أصحابنا، وقد ذكر بعض القرويين: أن هذا إنما هو إذا كان الكراء كل شهر بكذا، أو كل سنة بكذا، وأما إذا وقع الكراء على سنة بعينها، فسواء نقد الكراء، أو لم ينقد، فالمرأة، أحق بالمسكن.

وذكر عن أبى قرة، عن مالك أنه فرق بين أن يكون الكراء كل سنة بكذا، وبين أن يكريها سنة بعينها، وهذا مخالف لما تقدم من رواية ابن المواز، واختار الشيخ أبو محمد عبد الحق رواية أبى قرة.

مسألة: وإن كان السكنى غير مقدر، مثل أن يسكن الدار حياته، ثم هى حبس على غيره بعده، فمات الأول، فقد قال مالك: لا أرى للذى صارت إليه الدار أن يخرجها حتى تنقضى عدتها، وكذلك قال ابن القاسم فى الأمير يموت، وهو ساكن فى دار الإمارة.

ووجه ذلك أن الإسكان لما تضمن الحياة إلى حين وفاته، تضمن ما يلزم من السكنى بعد وفاته، وأما من أسكن مدة مقدرة، فلم يتضمن إسكانه ذلك؛ لأن هذه المدة تصح أن تنقضى فى حياته، والله أعلم.

فصل: وقولها: «**ولم يتركنى فى مسكن يملكه ولا نفقة**»، يحتمل أنها اعتقدت أن للمتوفى عنها زوجها نفقة فى ماله.

ويحتمل وهو الأصح عندى، أنها جعلت ذلك من عذرها فى الانتقال إلى بنى خدرة قومها؛ لأن اكتسابها نفقتها، والتسبب فيها هناك أمكن لها حين لم يكن زوجها ممن ترك مالا تنفق على نفسها ميراثها منه، ولذلك لم يستدع مما عرضته من حالها إلا الانتقال إلى قومها.

مسألة: والمتوفى عنها زوجها، لا نفقة لها، وإن كانت حاملاً، قال القاضى محمد: لأن نفقة الحمل ليست بدين ثابت، فيتعلق بماله بعد موته بدليل أنه يسقط عنه بالإعسار، فبأن يسقط بالموت أولى وأحرى.

فصل: وقوله ﷺ: «**امكثى حتى يبلغ الكتاب أجله**»، يحتمل أنه أمرها بذلك لما كان زوجها قد أدى كراء المسكن، أو كان أسكن فيه إلى وفاته، أو أن أهل المنزل أباحوا لها العدة فيه بكراء أو بغير كراء، أو ما شاء الله تعالى من ذلك مما أرى به أن المقام لازم لها حتى تنقضى عدتها، وذلك للمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر.

والأصل فى ذلك قول الله تعالى: ﴿**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا**﴾ [البقرة: ٢٣٤].

فرع: ومن مات أو طلق من تعتد بالشهور، فقد روى ابن المواز، عن مالك: تعتد إلى مثل تلك الساعات التى مات فيها أو طلق، ثم رجع، فقال: أرى أن تلغى ذلك اليوم، قال: وتحصى ما بقى من هذا الشهر، وتحسب بعد تمامه بالأهلة بالوفاة، وتتم على بقية الشهر الأول ثلاثين يومًا، كان تامًا أو ناقصًا، ثم عشرة أيام.

مسألة: وعدة الوفاة تلزم الحرة والأمة والصغيرة والكبيرة، والتى لم تبلغ حد المحيض، والتى حاضت، واليائسة من الحيض، دخل بها أو لم يدخل، وعدة جميعهن على ما قدمناه أربعة أشهر وعشر، إلا الأمة، فعدتها من الوفاة شهران وخمس ليال، إذا كانت ممن تحيض.

فإن كانت ممن لم تحض، أو يائسة من الحيض، فقد قال مالك: عدتها ثلاثة أشهر. قال أشهب: إلا أن يؤمن من مثلها الحمل، فتستبرأ بشهرين وخمس ليال.

وروى ابن المواز، عن مالك: أن عدة الأمة فى الوفاة شهران وخمس ليال، إن مرت فى ذلك بوقت حيضتها، فحاضت، وإذا لم يمر بها وقت حيضتها، فعدتها ثلاثة أشهر، ولو مر عليها فى الثلاثة الأشهر وقت الحيضة، فلم تحض رفعت إلى التسعة أشهر كالحرة.

وجه القول الأول أنها إذا كانت ممن لا تحيض، فلا تبرأ بأقل من ثلاثة أشهر؛ لقول الله تعالى: **﴿واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن﴾** [الطلاق: ٤]، وهذا عام فى المطلقة وغيرها.

ويجب أن يكون هذا مبنيًا على قول من راعى الحيضة فى مدة العدة على كل حال، فإن عدمت الحيضة، فلا يبرئها إلا ثلاثة أشهر.

ووجه قول أشهب أن الشهرين وخمس ليال عدتها؛ لأنها على النصف من عدة الحرة كالأقراء؛ لما كانت أصلاً فى عدة المطلقة كانت الأمة فى ذلك على النصف من عدة الحرة، غير أنها إذا كان يخاف عليها الحمل أكملت الشهور الثلاثة؛ لأنه لا يتبين حملها فى أقل من ثلاثة أشهر.

ووجه القول الثالث، قول مالك، ما قال عنه بعض أصحابه أننا لم نجد فى الأصول رحمًا يبرأ من وطء بغير حيض، ممن يمكن منها الحمل بأقل من ثلاثة أشهر.

مسألة: فإن كانت ممن تحيض كل شهر، فلم تحض فى مدة العدة، فهذه ريبة على رواية ابن المواز وغيره عن مالك: ترفع إلى تسعة أشهر، حرة كانت أو أمة، ورواه عن ابن القاسم ومطرف وأصبغ.

وروى سحنون وابن حبيب، عن أشهب وابن الماجشون: تبرأ الحرة بانقضاء الأربعة الأشهر، والأمة بانقضاء ثلاثة أشهر.

وجه القول الأول خلافًا لأبى حنيفة والشافعى ما قال القاضى أبو محمد من أنها أنثى من ذوات الأقراء، لم تتبين براءة رحمها، فلم تبرأ إلا بالحيض أو التربص القائم مقام الحيض كالمطلقة.

ووجه القول الثانى قوله تعالى: **﴿يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا﴾**، [البقرة:

٢٣٤]، ولم يعتبر حيضًا ولا غيره، ولأن الاستبراء إذا تعلق بالشهور، وكانت أصلاً فيه، لم يعتبر بالحيض كالتى لم تحض.

مسألة: فإن كانت ممن تحيض من ستة أشهر أو خمسة إلى مثلها، فانقضت عدتها من الوفاة، فلم يأت فيها وقت حيضتها، قال مالك فى كتاب ابن سحنون وابن المواز: أنها قد حلت، وإن قرب وقت حيضها.

وقال ابن القاسم فى العتبية: ينظر إليها النساء؛ فإن لم يرين بها ريبة حلت. وروى أشهب، عن مالك، أنه قال لابن كنانة: تقيم حتى تحيض، ثم رجع مالك إلى ما ذكرناه.

وجه الرواية الأولى ما قال القاضى أبو محمد أن سبب تأخير الحيض العادة لا الريبة، وكانت كاليائسة.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنها مبنية على أن الحيض لا يراعى فى مدة الحيضة، وإنما تستراب بغير العادة من غير أن يكون شرطًا فى تمام العدة.

ووجه الرواية الثانية أن ذلك مبنى على أن الحيضة تراعى فى تمام العدة كالتى تحيض كل شهر.

مسألة: وهذا فى المدخول بها، وأما غير المدخول بها، فقد قال القاضى أبو محمد: تبرأ بمضى المدة، وإن تأخر حيضها.

والذى روى ابن المواز وسحنون، عن مالك فى المدخول بها وغير المدخول بها: تعتد أربعة أشهر وعشرًا، إلا أن ترتاب إحداهما بتأخير الحيضة عن وقتها، فترجع إلى تسعة أشهر؛ لأنه غالب أمد الحمل، فتحل، إلا أن تحس تحريكًا، فتقيم إلى أقصى أمد الحمل، والله أعلم.

مسألة: فإن كانت عادتها بالحيض كل شهر، فلم تحض فى الأربعة أشهر والعشرة أيام إلا حيضة واحدة، قال القاضى أبو محمد: إن ذلك يجزئها.

وروى ابن سحنون وابن المواز، عن مالك: إلا أن ترتاب إحداهن بتأخير الحيضة عن وقتها، فترجع إلى تسعة أشهر، الحرة والأمة.

غير أنهما قد رويا عن مالك أنه قال بأثر ذلك: إلا أن تحيض الحرة قبل التسعة وبعد الأربعة أشهر وعشر، والأمة بعد شهرين وخمس ليال، فتحل حينئذ، فيحتمل أن يريد أن الريبة إنما تكون بتأخير الحيض كله فى مدة العدة.

ويحتمل أن يريد أن الريبة تحصل بتأخير الحيضة الأخيرة، إلا أن الحيضة الواحـدة بعـد أربعة أشهر وعشر تبرئ؛ لأنها جاءت فى وقت الريبة، لا فى وقت العدة.

مسألة: وأما المستحاضة، فعدتها فى الوفـاة، حـرة كـانت أو أمـة تسـعة أشـهر؛ لأن الاستحاضة ريبة بانقطاع الحيض، فكما أن المرتابة بانقطاع الحيض فى عدة الوفاة، ترفع إلى تسعة أشهر، فكذلك المرتابة بالاستحاضة؛ اعتبارًا بتساويهما فى عدة الطلاق.

مسألة: وأما الكتابية، فإن كانت غير مدخول بها، ففى المدونة: أنـه لا عـدة عليهـا، وهذا يقتضى أن تتزوج مسلمًا وغيره، أثر وفاته؛ لأنه إذا لم يكن عليها عـدة الوفـاة ولا استبراء للدخول، فقد حلت للأزواج.

وأما المدخول بهـا، فقـد قـال القـاضى أبـو محمـد، عـن مـالك: فـى ذلـك روايتـان، إحداهما: أنها كالمسـلمة. قـال مـالك: تجـبر علـى العـدة، وتمنـع مـن النكـاح، وعليهـا الإحداد. والرواية الثانية: أنها تستبرئ رحمها بثلاثة أشهر.

ومعنى ذلك على ما قاله ابن القاسم فى المدونة أن ذلك إذا أراد أن يتزوجها مسـلم. قال القاضى أبو محمد: والقول فى الكتابية التى لم يدخل بها على هاتين الروايتين.

فوجـه الروايـة الأولى، قـول اللـه تعـالى: **﴿والذيـن يتوفـون منكـم ويـذرون أزواجًـا يـتربصن بأنفسـهن أربعة أشـهر وعشـرًا﴾** [البقـرة: ٢٣٤]، وهـذا عـام فـى المسـلمة والكتابية، ولأن كل من ساوت المسلمة الحرة فى عدة الطلاق سـاوتها فـى عـدة الوفـاة كالمسلمة.

ووجه الرواية الثانية أنه يتعلق بعدتها حقـان، حـق للمخلـوق، وهـو حفـظ النسـب، وحق لله تعالى.

فأمـا حـق المخلـوق، فذلـك يلزمهـا، ولا يبرئهـا إلا استبراء رحمهـا، وذلـك يحصـل بالأشهر الثلاثة، وما زاد على ذلك، فحق لله تعالى، ولا يصح منها أداء حقوقـه إلا بعـد الإيمان به.

فصل: وقولها: **«إن عثمان بن عفان سألها عن ذلك، فأخبرتـه بذلـك، فقضـى بـه»**، يقتضى إجماع الصحابة على العمل بأخبار الآحاد، وأن خبر المرأة مما يعمل بـه، ولذلـك سألها عثمان عن خبرها، فقضى به لما أخبرته عنه.

وسماع هذا من خبر الفريعة حتى كان الأمراء يرسلون إليها، ويسألونها عـن ذلـك، ويقضون به، ولم ينكره أحد من الصحابة، ولا ممن عاصرهم من التابعين.

ولذلك روى وهب بن خالد، عن سعد بن إسحاق بالإسناد، أنه لما كان في خلافة عثمان كان هذا في بعض أهله، فسأل الناس، هل عند أحد علم من رسول الله ﷺ في هذا، فقال رجل من أهل الأنصار: إن فريعة تحدث فيه بحديث، وهي حية، قالت: فأرسل إليَّ، فسألني عنه، فحدثته، فأخذ به.

١٢٣٢ – مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ سَعِيدِ ابْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَرُدُّ الْمُتَوَفَّى عَنْهُنَّ أَزْوَاجُهُنَّ مِنَ الْبَيْدَاءِ، يَمْنَعُهُنَّ الْحَجَّ.

الشرح: قوله: «إن عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء»، يريد أنه كان يرى اعتداد المرأة في منزل زوجها المتوفى عنها لازمًا لها، فلا يجوز لها أن تخرج في حج ولا غيره حتى تنقضي عدتها.

وقد روى ابن القاسم، عن مالك في تفسير هذا الحديث: إنما ذلك لمن كانت من أهل المدينة وما قرب منها، لم يحرمن، فإذا أحرمن نفذن، وبئس ما صنعن.

مسألة: وهذا فيما قرب جدًا، وأما التباعد، فعلى ضربين، تباعد ليس في الرجوع منه مشقة، ولكن تحتاج فيه إلى ثقة، ترجع معه، وتباعد تلحق فيه المشقة.

فأما القسم الأول، فقد قال ابن القاسم في المدونة: ليس لها أن تحج الفريضة حتى تنقضي عدتها من وفاة أو طلاق، فكان عمر بن الخطاب يرد من خرج منهن في حج من البيداء، ولا يمنع توجهها في الحج من ردها إلى استكمال عدتها، حيث لزمتها بقرب الموضع.

وقال ابن القاسم، في التي تخرج من الأندلس تريد الحج: لو لم تكن سافرت إلا مسيرة يوم أو يومين أو ثلاثة، فهلك زوجها، قال مالك، في التي تخرج تريد الحج: فإنه إن كان أمرًا قريبًا، وتجد ثقة رجعت، فاعتدت في بيتها، ولو وصلت أفريقية، ثم توفي زوجها، تنفذ لحجها؛ لأنها قد تباعدت.

مسألة: ولو كان خروجه منتقلاً تاركًا لاستيطان البلد الذي خرج منه، فتوفي قبل أن يصل إلى بلد آخر، ففي المدونة لابن القاسم: أنها مخيرة بين أن تنفذ، أو ترجع؛ لأن هذه ليس لها منزل، فتختار الآن موضعًا تعتد فيه.

١٢٣٢ – أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٣٣/٧. البيهقي في السنن الكبرى ٤٥٣/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢١٤.

قال ابن القاسم: ولها أن تعتد بالموضع الذى توفى زوجها، أو تنصرف إلى ما قرب من المدائن والقرى، فتعتد فيها.

١٢٣٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ السَّائِبَ بْنَ خَبَّابٍ تُوُفِّيَ، وَأَنَّ امْرَأَتَهُ جَاءَتْ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَذَكَرَتْ لَهُ وَفَاةَ زَوْجِهَا، وَذَكَرَتْ لَهُ حَرْثًا لَهُمْ بِقَنَاةَ، وَسَأَلَتْهُ هَلْ يَصْلُحُ لَهَا أَنْ تَبِيتَ فِيهِ، فَنَهَاهَا عَنْ ذَلِكَ، فَكَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الْمَدِينَةِ سَحَرًا، فَتُصْبِحُ فِي حَرْثِهِمْ، فَتَظَلُّ فِيهِ يَوْمَهَا، ثُمَّ تَدْخُلُ الْمَدِينَةَ إِذَا أَمْسَتْ، فَتَبِيتُ فِي بَيْتِهَا.

الشرح: نهى عبد الله بن عمر أن تبيت المرأة فى حرثها التى جاءته تسأله، وهى أم سليم، امرأة السائب بن خباب لما توفى عنها، ولزمته العدة فى بيتها، فنهاها عن المبيت فى حرثها فى مدة عدتها، لما قدمناه من أنها تلزمها السكنى فى بيت زوجها.

ومعنى السكنى ومعظمه المبيت؛ لأنه وقت السكون والاستقرار فى المسكن، فلم يكن لها أن تخل به، وإن كان لها أن تنصرف بالنهار، وقد تقدم الكلام فيه.

قال مالك: لها أن تخرج سحرًا قبل الفجر وتأتى بعد المغرب ما بينهما وبين العشاء. ومعنى ذلك أنه لا يفوتها بهذا مقصود المبيت فى بيتها.

مسألة: والمتوفى عنها زوجها تحضر العرس، ولا تلبس ما لا تلبسه الحاد، ولا تبيت إلا فى بيتها، رواه فى العتبية ابن القاسم، عن مالك.

مسألة: المتوفى عنها زوجها، إن كانت مدخولاً بها، اعتدت فى بيت سكناها مع زوجها، وإن كانت غير مدخول بها، اعتدت حيث كانت تسكن عند أبويها؛ لأن ذلك هو المسكن الذى كانت تسكنه، فتعلق حكم سكناها به، قاله ابن القاسم. قال: وكذلك الأمة المتوفى عنها زوجها.

قال مالك: تعتد حيث كانت تبيت؛ لأن موضع المبيت هو موضع السكنى، ولذلك كان معنى المبيت هو معنى، إذا كان مبيتًا متواليًا على وجه الاستقرار، لا على وجه الزيارة.

مسألة: والكتابية يموت عنها زوجها المسلم، قال مالك فى المدونة: تجبر على العدة،

١٢٣٣ - انفرد به مالك.

وتمنع الانتقال حتى تنقضى عدتها، وسبيلها فى أحكام العدة سبيل الحرة المسلمة.

ووجه ذلك أنه حكم تعلق بها لمسلم، فلزمه قضاؤه على حكم الإسلام كسائر الحقوق.

فرع: وإذا مات سيد أم الولد وأعتقت، فابن القاسم لا يرى لها السكنى، ولا المقام به، ورآه أشهب لها وعليها على تضعيف من غير إيجاب، رواه ابن المواز عنهما.

١٢٣٤ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِى الْمَرْأَةِ الْبَدَوِيَّةِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: إِنَّهَا تَنْتَوِى حَيْثُ انْتَوَى أَهْلُهَا.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «**فى المرأة البدوية تنتوى حيث انتوى أهلها**»، يريد أصحاب العمود، دون أصحاب القرى، فإذا توفى عنها زوجها، وهذا حالها، ثم افترق الجمع الذى كانت فيهم، فصار أهلها وبنو أبيها إلى جهة، وصار أهل زوجها إلى جهة أخرى، صارت مع أهلها، وآوت إليهم، وكانت معهم؛ لأنه لا يمكنها البقاء فى الموضع الذى كانت به حين الوفاة؛ لانتقال أهله عنه، ولم يكن وطنًا لزوجها، فيكون أحق بسكناها من غيره، إنما هم قوم يتبعون الكلأ، وينتجعون المياه، ويجتمعون اليوم فى منزل، ويفترقون عند اختيار بعضهم غير الجهة التى اختارها الآخرون.

وليس كذلك المرأة من أهل الأمصار والقرى، فإنها لا تزول من مسكنها؛ لأن ذلك المنزل كان منزلاً لزوجها المتوفى عنها، وهى آمنة، إذا أقامت فيه، والمعتاد من حال أهلها، وبنى أبيها المقام والاستيطان، فليس لها أن تنتقل بانتقالهم حتى تنقضى عدتها.

وقال ابن القاسم فى الصغيرة يتوفى عنها زوجها، فأراد أبوها الحج والانتقال إلى بلد آخر: منعوا من أن يخرجوها؛ لأن مالكًا قال: لا تنتقل إلا البدوية.

مسألة: ولو كانت من أهل الحاضرة، فخرج زوجها مبتديًا، فتوفى، رجعت، ولا تقيم، تعتد فى البادية، رواه ابن وهب، عن مالك.

ووجه ذلك أن لها مسكنًا فى موضع استيطان وقرار، تلزمها العدة فيه، فكان عليها أن ترجع إليه على ما تقدم من قولنا فى القرب والبعد.

١٢٣٤ - أخرجه فى الأم ٥/٢٢٩. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢١٦.

وأما البدوية، فليس لها مسكن فى موضع استيطان، فلم يكن بعض الجهات أحق بها من بعض مع أنه ليس من عادتها الاستيطان، فلا تلزمها العدة، إلا على المعتاد من حالها.

فصل: ومعنى قوله: «**تنتوى مع أهلها حيث انتووا**»، تنزل حيث نزلوا من ثويت المنزل، وأهلها عشيرتها الذين ترجع إليهم وتحتمى بهم، والله أعلم.

١٢٣٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لا تَبِيتُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَلا الْمَبْتُوتَةُ إِلا فِى بَيْتِهَا.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «**لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة إلا فى بيتها**»، يريد البيت تسكن فيه على حسب ما كانت تسكنه قبل وفاة زوجها.

فإن كان مسكنًا واحدًا، فهى على ما كانت فيه، وإن كان فى حجرتها بيوت كثيرة، وكانت تسكن بيتًا منها وفيه متاعها.

قال مالك: لا تبيت إلا فى بيتها وأسطوانها، وبيوتها لها أن تبيت من ذلك حيث شاءت، ولم تنو بذلك أنها لا تبيت إلا فى الذى كان فيه متاعها.

ووجه ذلك أن جميع المسكن الذى هى فيه من حجرتها وأسطوانها وبيتها، سكن لها، فلها أن تبيت حيث شاءت منه، ولو كانت فى مقصورة من الدار، وفى الدار مقاصير لقوم آخرين، لم يكن لها أن تبيت إلا فى حجرتها التى فى يدها.

ومعنى ذلك أنه لم يكن لها سكنى بغيرها من المقاصير، بل كانت مساكن لغيرها، فلا يحق لها أن تعتد فيه كسائر الدور.

* * *

عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها

١٢٣٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ: إِنَّ يَزِيدَ بْنَ عَبْدِ الْمَلِكِ فَرَّقَ بَيْنَ رِجَالٍ وَبَيْنَ نِسَائِهِمْ، وَكُنَّ أُمَّهَاتِ أَوْلادِ

١٢٣٥ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٣١/٧. ابن أبى شيبة فى المصنف ١٧٩/٥. الأم ٢٣٥/٥. البيهقى فى السنن الكبرى ٤٣٥/٧، ٤٣٦. معرفة السنن والآثار ١٥٣٣٠/١١. المغنى ٦٠٦/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢١٥.

١٢٣٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢١٧.

رِجَالٍ هَلَكُوا، فَتَزَوَّجُوهُنَّ بَعْدَ حَيْضَةٍ أَوْ حَيْضَتَيْنِ، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمْ حَتَّى يَعْتَدِدْنَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا. فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: سُبْحَانَ اللَّهِ يَقُولُ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ [البقرة ٢٣٤] مَا هُنَّ مِنَ الأَزْوَاجِ.

١٢٣٧ - مَالِك عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا سَيِّدُهَا حَيْضَةٌ.

١٢٣٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا سَيِّدُهَا حَيْضَةٌ.

قَالَ مَالِك: وَهُوَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِمَّنْ تَحِيضُ، فَعِدَّتُهَا ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ.

الشرح: قوله: «**أن يزيد بن عبد الملك فسخ نكاح أم ولد، تزاوجت قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشرًا**»، ولعل يزيد بن عبد الملك أخذ بقول سعيد بن المسيب والزهرى وعمر بن عبد العزيز: أن عدة أم الولد يتوفى سيدها أربعة أشهر وعشر، وروى ذلك رجاء بن حيوة. وقد قيل إن قبيصة لم يسمع من عمر.

وقول القاسم: «**يقول الله تعالى فى كتابه: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا﴾ ما هن من الأزواج**»، إنما يصح أن يحتج به على من يوجب ذلك من الآية، ويتعلق بعمومها.

فيصح من القاسم أن يمنعه من ذلك، ويقول: إن اسم الأزواج لا يتناول أمهات الأولاد، وإنما يتناول الزوجات، دون من يستباح بملك اليمين.

وأما من لم يتعلق بذلك، فلا يصح أن يحتج عليه بما قاله القاسم؛ لجواز أن يثبت هذا الحكم لهن من غير الآية بقياس أو غير ذلك من أنواع الأدلة، ويحتمل أن يكون القاسم يتعلق بدليل الخطاب من الآية.

فصل: وقول ابن عمر والقاسم بن محمد: «**إن عدة أم الولد يتوفى سيدها حيضة**»، هو قول مالك والشافعى، وبه قال الشعبى وأبو قلابة وأحمد بن حنبل.

١٢٣٧ - أخرجه فى الأم ٢١٨/٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢١٨.

١٢٣٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢١٩.

وقال أبو حنيفة والثورى: عدتها ثلاث حيض، وهو قول على وابن مسعود والنخعى. وقال طاوس وقتادة: عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها.

والدليل على ما نقوله أن هذه أمة موطوءة بملك اليمين، فكان استبراؤها بحيضة. أصل ذلك الأمة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهل هى عدة أو استبراء محض، الذى ذكره القاضى أبو محمد فى معونته أن الحيضة استبراء، وليست بعدة. وفى المدونة؛ عليها العدة، وعدتها حيضة كعدة الحرائر ثلاث حيض.

وجه القول الأول أن هذه أمة موطوءة بملك يمين، فلم يجب فيها عدة، وإنما هو الاستبراء كالأمة التى لم تلد من سيدها.

ووجه القول الثانى ما احتج به من أنها لو مات سيدها، أو أعتقها فى حيضتها، لم تجزها تلك حتى تحيض بعد وفاته بخلاف الأمة، فإنه إذا باعها سيدها فى أول دمها، أجزأ ذلك من استبرائها.

ومعنى ذلك أنه يعتبر فى أم الولد الخروج من طهر إلى حيض، وهذا حكم العدة، وأيضًا فإنه يقدر لها حكم الفراش بكونها أم ولد، ولو زوجها، فتوفى زوجها وسيدها غائب، فأتت بولد بعد عدتها، فزعمت أنه من سيدها، لحق به، إلا أن ينكر وطأها؛ لأنها أم ولد.

ولو استبراء السيد أمته، ثم أعتقها كان له أن يتزوج مكانها، ولو استبرأ أم ولده، ثم أعتقها، لم يكن لها أن تتزوج حتى تحيض حيضة، قاله مالك.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن أم الولد لما ثبت لها أصل لازم فى الحرية بالشرع، كانت كالحرة فى وجوب العدة بأنواع الفرقة فى الحياة والموت.

وإن كانت حيضة واحدة لنقص حرمة الأمة، وإنما وجبت عليها العدة حال الرق، استبراءً من وطء بوطء يمين، وذلك حيضة، وقد يكون استبراء محضًا، وقد يكون عدة كالثلاثة الأشهر، ويكون استبراء، ويكون عدة فى المطلقة والأمة المتوفى عنها زوجها.

فرع: فإذا قلنا إنها عدة، فقد قال مالك: لا أحب أن تواعد أحدًا بنكاحها حتى تحيض حيضة. قال ابن القاسم: وبلغنى عنه أنه قال: لا تبيت إلا فى بيتها، فأثبت لمدة

استبرائها حكم العدة. وروى ابن المواز، عن ابن القاسم: لها المبيت في غير بيتها في العتق والوفاة.

وجه القول الأول أنه استبراء يلزم مع عدم الوطء الذى يوجب الاستبراء، فكان عدة تثبت فيه أحكام العدة كعدة الحرة.

ووجه القول الثانى أنه استبراء سببه ملك اليمين، فكان استبراء كاستبرائها للبيع.

مسألة: ولو غاب سيد أم الولد عنها غيبة طويلة، فتوفى بعد ما حاضت فى غيبته، لم يجزها ذلك حتى تعتد بعد وفاته، قاله ابن القاسم فى المدونة، وكذلك لو انقضت عدتها من زوجها، فلم يطأها سيدها حتى توفى، فإن عليها أن تعتد بحيضة، والله أعلم.

* * *

عدة الأمة إذا توفى زوجها أو سيدها

١٢٣٩ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَا يَقُولانِ: عِدَّةُ الأَمَةِ إِذَا هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا شَهْرَانِ وَخَمْسُ لَيَالٍ.

١٢٤٠ – وَعَنِ ابْنِ شِهَابٍ مِثْلَ ذَلِكَ.

الشرح: قولهم: «**عدة الأمة يتوفى عنها زوجها شهران وخمس ليال**»، على ما تقدم؛ لأن عدتها نصف عدة الحرة، وعدة الحرة أربعة أشهر وعشر، ولا نعلم فى ذلك خلافًا، إلا ما يروى عن ابن سيرين، وليس بالثابت، أنه قال: عدتها عدة الحرة، وعلى ما قدمناه الإجماع، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِي الْعَبْدِ يُطَلِّقُ الأَمَةَ طَلاقًا لَمْ يَبُتَّهَا فِيهِ، لَهُ عَلَيْهَا فِيهِ الرَّجْعَةُ ثُمَّ يَمُوتُ، وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلاقِهِ: إِنَّهَا تَعْتَدُّ عِدَّةَ الأَمَةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ، وَإِنَّهَا إِنْ عَتَقَتْ، وَلَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، ثُمَّ لَمْ تَخْتَرْ فِرَاقَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ حَتَّى يَمُوتَ، وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلاقِهِ، اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الْحُرَّةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، وَذَلِكَ أَنَّهَا إِنَّمَا وَقَعَتْ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ بَعْدَ مَا عَتَقَتْ، فَعِدَّتُهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ.

١٢٣٩ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٢٠.

١٢٤٠ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٢١.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا على حسب ما قال فى الأمة التى يطلقها زوجها طلقة رجعية، ثم يموت، وهى فى عدتها تلك أنها تعتد عدة الأمة المتوفى عنها زوجها، شهرين وخمس ليال.

وذلك أنها لما كانت رجعية، وكانت من الأزواج ما دامت فى العدة، ولزمها عدة الوفاة بموته، وهى أمة فكان عليها شهران وخمس ليال، ولو كان الطلاق بائنًا، لم تنتقل إلى عدة الوفاة؛ لأنها ليست من الزوجات كما لو انقضت العدة.

فصل: وقوله: «**ولو أعتقت فى العدة، ولم تختر فراقه**»، يريد أنها لو اختارت فراقه، لبانت بذلك عنه، ولم يكن لها حكم الزوجات، ولا انتقلت إلى عدة وفاة.

فإذا لم تختر فراقه، بقيت على حكم الرجعة، فكانت من الأزواج يلزمها بموته الانتقال إلى عدة الوفاة، فإذا توفى بعد الحرية، لزمتها عدة الوفاة، وهى حرة، فكان عليها عدة الحرائر، أربعة أشهر وعشر.

ولو توفى عنها، وهى أمة، ثم أعتقت بعد ذلك، لم تكن عليها إلا عدة الإماء؛ لأن العدة وجبت عليها، وهى أمة، فلا ينقلها عن حكم الإماء ما طرأ بعد ذلك من الحرية، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى العزل

١٢٤١ – مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْن

١٢٤١ – أخرجه البخارى فى البيوع ٢٢٢٩، العتق ٢٥٤٢، المغازى ٤١٣٨، النكاح ٥٢١٠، القدر ٦٦٠٣، التوحيد ٧٤٠٩. مسلم فى النكاح ١٤٣٨. الترمذى فى النكاح ١١٣٨، البيوع. النسائى فى النكاح ٣٢٧٤، ٣٣٢٥، ٣٣٨٠. أبو داود فى النكاح ٢١٧٢، الجهاد ٢٥٣٢، ٢٥٣٣، ٢٥٣٤. ابن ماجه فى النكاح ١٩٢٦، ١٩٣٦. أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٠٦٩٤، ١٠٧٨٨، ١٠٨٢، ١٠٨٩٥، ١١٠٤٦، ١١٠٦٦، ١١٠٥٨، ١١١٠، ١١١٥١، ١١١٧٢، ١١٢٠٨، ١١٢٥١، ١١٢٨٨، ١١٣٣٥، ١١٤٢٩، ١١٤٦٨، ١١٤٩٩. الدارمى فى النكاح ٢٢٢٤، الحدود ٢٣٢٦، ٢٣٢٧. البغوى بشرح السنة ١٠٣/٩، عن أبى سعيد الخدرى. البيهقى فى السنن ٢٢٩/٧، عن أبى سعيد الخدرى. الطحاوى بمعانى الآثار بنحوه ٣٣/٣، عن أبى سعيد الخدرى. وذكره فى الكنز برقم ٤٤٩٢١ وعزاه السيوطى إلى النسائى، عن أبى سعيد وأبى هريرة.

حَبَّانَ، عَنِ ابْنِ مُحَيْرِيزٍ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلْتُ الْمَسْجِدَ، فَرَأَيْتُ أَبَا سَعِيدٍ الْخُدْرِيَّ، فَجَلَسْتُ إِلَيْهِ، فَسَأَلْتُهُ عَنِ الْعَزْلِ، فَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي غَزْوَةِ بَنِي الْمُصْطَلِقِ(١) فَأَصَبْنَا سَبْيًا مِنْ سَبْيِ الْعَرَبِ، فَاشْتَهَيْنَا النِّسَاءَ، وَاشْتَدَّتْ عَلَيْنَا الْعُزْبَةُ، وَأَحْبَبْنَا الْفِدَاءَ، فَأَرَدْنَا أَنْ نَعْزِلَ، فَقُلْنَا: نَعْزِلُ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَ أَظْهُرِنَا قَبْلَ أَنْ نَسْأَلَهُ، فَسَأَلْنَاهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: «مَا عَلَيْكُمْ أَنْ لا تَفْعَلُوا مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَائِنَةٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ إِلا وَهِيَ كَائِنَةٌ»(٢).

الشرح: سؤال ابن محيريز لأبى سعيد الخدرى، رضى الله عنه، عن العزل، وإخباره له بما عنده فى ذلك عن النبى ﷺ على حسب ما كان يفعله العلماء من الصحابة فى الجواب على ما سئلوا عنه مما عندهم فيه نص، وإنما كانوا يفزعون إلى غير النصوص من القياس والاستدلال عند عدم النصوص.

وأما مع وجود النصوص، فكانوا لا يتعلقون بغيرها، لاسيما إذا كان السائل لهم من أهل العلم، وممن يرجى أن يفهم ما يرد عليه من ذلك، وينقله على وجهه، وغزوة بنى المصطلق كانت سنة خمس.

فصل: وقوله: **«فأصبنا سبيًا من سبى العرب، فاشتهينا النساء»**، يحتمل أن يكون بنو المصطلق، وإن كانوا من العرب يدينون بدين أهل الكتاب من اليهود أو النصارى، فلذلك جاز للمسلمين وطؤهن بملك اليمين، وملك النكاح لقوله تعالى: **﴿والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾** [المائدة: ٥].

=قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٧٢/٧، ٣٧٣: رواية ربيعة لهذا الحديث، عن محمد بن يحيى بن حبان تدخل فى باب رواية النظير عن النظير، والكبير عن الصغير، وفى هذا ما يدلك على ما كان القوم عليه من البحث عن العلم، واستدامة طلبه العمر كله، عند كل من طمع به عنده. وقد روى هذا الحديث جويرية عن مالك، عن الزهرى، عن ابن محيريز، عن أبى سعيد الخدرى. وما أظن أحدًا رواه عن مالك بهذا الإسناد غير جويرية.

(١) قال النووى: هى غزوة المريسيع، قال القاضى: قال أهل الحديث: هذا أولى من رواية موسى ابن عقبة أنه كان فى غزوة أوطاس. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٣٨/٢.

(٢) قال النووى: معناه: ما عليكم ضرر فى ترك العزل لأن كل نفس قدر الله خلقها لا بد أن يخلقها سواء عزلتم أم لا، وما لم يقدر خلقه لا يقع سواء عزلتم أم لا، فلا فائدة فى عزلكم فإنه إن كان الله تعالى قدر خلقها سبقكم الماء فلا ينفع حرصكم فى منع الخلق.

ويحتمل أن يكونوا ممن يدين بدين العرب، فاستباح المسلمون وطء من أسلم منهن بعد الاسترقاق، وامتنعوا ممن لم يكن أسلم.

فصل: وقوله: **«واشتدت علينا العزبة، وأحببنا الفداء، وأردنا أن نعزل»**، ظاهره أن الحمل الذى يترقبه من لم يعزل يمنع الفداء، وهو البيع.

ولا يصح أن يريد به الفداء بالرد إلى الأهل على قولنا إنهن قد أسلمن؛ لأن من أسلم منهن، لم تكن تريد أن ترد إلى الكفار مما كانوا عليه من تعذيب من أسلم والإضرار به، ومع ذلك فالفداء نوع من البيع، فدل هذا على أن الحمل يمنع البيع والفداء.

ووجه آخر، وهو أنه لا خلاف أن الحمل لا يمنع الفداء الذى يمنع الرد إلى الأهل فى غير المسلمة، ولا يمنعه فى المسلمة إذا أخرجت إلى حرية، فلم يبق إلا أن يراد به ما يمنع الخروج عن ملك السيد إلى الاسترقاق، وعلى هذا مذهب جميع الفقهاء فى جميع الأمصار أنه لا يجوز بيع أم الولد.

والدليل على ذلك الحديث المذكور. ودليلنا من جهة القياس أن هذا حمل عن ملك يمين، فوجب أن يمنع بيع الحائل. أصل ذلك حال الحمل.

ومعنى ذلك أنه يعتق على أبيه بنفس حدوثه، وهو فى ذلك الحال عضو من أعضاء الإماء، فسرى إليها حكم العتق، ولم يتعجل؛ لأن انفصاله منها غايته.

١٢٤٢ - مَالِك، عَنْ أَبِى النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِى وَقَّاصٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَعْزِلُ.

١٢٤٣ - مَالِك، عَنْ أَبِى النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ، عَنِ ابْنِ أَفْلَحَ مَوْلَى أَبِى أَيُّوبَ الأَنْصَارِىِّ، عَنْ أُمِّ وَلَدٍ لأَبِى أَيُّوبَ الأَنْصَارِى أَنَّهُ كَانَ يَعْزِلُ.

١٢٤٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ لا يَعْزِلُ، وَكَانَ يَكْرَهُ الْعَزْلَ.

الشرح: ما روى عن سعد وأبى أيوب أنهما كانا يعزلان، وكره ذلك ابن عمر، هذا

١٢٤٢ - انفرد به مالك.

١٢٤٣ - انفرد به مالك.

١٢٤٤ - انفرد به مالك.

مما اختلف فيه الصحابة، فذهب الجمهور إلى إباحته، وذهب ابن عمر وغيره إلى كراهيته. وقال بعضهم: هو الموءدة الصغرى.

وقال على بن أبى طالب: لا يكون موءدة حتى تأتى عليه حالات الخلق السبعة، فقال عمر: صدقت، يريد أن يكون نطفة، ثم علقة، ثم مضغة، ثم عظامًا، ثم لحمًا، ثم تصور، ثم تستهل.

ويحتمل أن يكون من كره ذلك تعلق بقوله ﷺ: «ما عليكم أن لا تفعلوا» معناه والله أعلم، لا يضركم ذلك، وإنما هو على وجه الكراهية والندب إلى ترك ذلك دون المنع والتحريم، والذى عليه جمهور الفقهاء أن العزل جائز على شروط سنذكرها بعد هذا.

ووجه ذلك أن قوله ﷺ: «ما عليكم أن لا تفعلوا، ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهى كائنة»، ندب منه ﷺ إلى نهاية التوكل، وإشارة إلى فضيلة من عول على ذلك.

وهذا كما قال ﷺ فى السبعين ألفا الذين يدخلون الجنة بغير حساب: «أنهم هم الذين لا يكتوون، ولا يسترقون، ولا يتطيرون، وعلى ربهم يتوكلون»(*)، وأباح مع ذلك الاسترقاء، والاكتواء؛ لأنه لنهاية التوكل.

١٢٤٥ – مَالِك، عَنْ ضَمْرَةَ بْنِ سَعِيدٍ الْمَازِنِيِّ، عَنِ الْحَجَّاجِ بْنِ عَمْرِو بْنِ غَزِيَّةَ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا عِنْدَ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، فَجَاءَهُ ابْنُ قَهْدٍ، رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ، فَقَالَ: يَا أَبَا سَعِيدٍ، إِنَّ عِنْدِى جَوَارِىَ لِى لَيْسَ نِسَائِى اللاتِى أُكِنُّ بِأَعْجَبَ إِلَىَّ مِنْهُنَّ، وَلَيْسَ كُلُّهُنَّ يُعْجِبُنِى أَنْ تَحْمِلَ مِنِّى، أَفَأَعْزِلُ، فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: أَفْتِهِ يَا حَجَّاجُ، قَالَ: فَقُلْتُ: يَغْفِرُ اللَّهُ لَكَ إِنَّمَا نَجْلِسُ عِنْدَكَ لِنَتَعَلَّمَ مِنْكَ، قَالَ: أَفْتِهِ، قَالَ: فَقُلْتُ: هُوَ حَرْثُكَ إِنْ شِئْتَ سَقَيْتَهُ، وَإِنْ شِئْتَ أَعْطَشْتَهُ. قَالَ: وَكُنْتُ أَسْمَعُ ذَلِكَ مِنْ زَيْدٍ فَقَالَ زَيْدٌ: صَدَقَ.

الشرح: قوله: «أنه يريد أن يعزل عن جواريه»، لما ذكره، وتصديق زيد بن ثابت

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٧٠٥، ٥٧٥٢، ٦٤٧٢، ٦٥٤١. مسلم حديث رقم ٢١٨، ٢٢٠. الترمذى حديث رقم ٢٤٤٦. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٤٤٤، ٢٩٤٧، ٣٧٩٦، ٣٨٠٩.

١٢٤٥ – انفرد به مالك.

الحجاج، حين قال له: «**هو حرثك، إن شئت سقيته، وإن شئت أعطشته**»، على معنى إباحة ذلك، وتخييره فيه.

وإنما أمر زيد، الحجاج أن يفتيه على معنى التدريب له، ولعله أراد أن يجريه فى مثل هذا مما علم أنه سمعه منه لينشطه بذلك على طلب العلم.

١٢٤٦ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ، عَنْ رَجُلٍ يُقَالُ لَهُ ذَفِيفٌ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ عَنِ الْعَزْلِ، فَدَعَا جَارِيَةً لَهُ، فَقَالَ: أَخْبِرِيهِمْ، فَكَأَنَّهَا اسْتَحْيَتْ، فَقَالَ: هُوَ ذَلِكَ، أَمَّا أَنَا فَأَفْعَلُهُ، يَعْنِي أَنَّهُ يَعْزِلُ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه، للجارية، أن تخبرهم عن العزل على معنى الإشارة إلى أنه يفعل ذلك مع تلك الجارية، ولم يكره أن يسمع ذلك منها لما فيه من إظهار الحق، فلما استحيت، أعلمهم أن سكوتها إنما كان من أجل الحياء، وأنه يفعل ذلك، فتجاوز حد الإباحة له إلى الإخبار عن نفسه بأنه يفعله.

قَالَ مَالِك: لا يَعْزِلُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ الْحُرَّةَ إلا بِإِذْنِهَا، وَلا بَأْسَ أَنْ يَعْزِلَ عَنْ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَمَنْ كَانَتْ تَحْتَهُ أَمَةُ قَوْمٍ، فَلا يَعْزِلُ إلا بِإِذْنِهِمْ.

الشرح: قوله: «**لا يعزل عن المرأة الحرة إلا بإذنها**»، وهو قول جماعة الفقهاء، وذلك أن للحرة حقًا فى الاستمتاع، وطلب النسل، فلما لم يكن له أن يمتنع من وطئها، لم يكن له أن يمتنع من إكماله.

وأما الأمة، فإن لسيدها أن يعزل عنها كما له أن يمتنع من وطئها، ومن كانت زوجته أمة قوم، فإن حق سادتها متعلق بطلب الولد؛ لأنه يكون رقيقًا لهم، فلذلك لا يجوز للزوج أن يعزل إلا بإذنهم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن للأمة فيه حقًا، قد ثبت بعقد النكاح، فلا يجوز له أن يعزل إلا بإذنها وإذنهم؛ لأنه وطء زوجته، فللزوجة فيه حق، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى الإحداد

١٢٤٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ

١٢٤٦ - انفرد به مالك.

١٢٤٧ - أخرجه البخارى ٢/١٧٠ كتاب الجنائز، عن أم حبيبة. مسلم كتاب الطلاق باب ٩ رقم=

حُمَيْدِ بْنِ نَافِعٍ(1)، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِى سَلَمَةَ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ بِهَذِهِ الأَحَادِيثِ الثَّلاثَةِ، قَالَتْ زَيْنَبُ: دَخَلْتُ عَلَى أُمِّ حَبِيبَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ حِينَ تُوُفِّيَ أَبُوهَا أَبُو سُفْيَانَ بْنُ حَرْبٍ، فَدَعَتْ أُمُّ حَبِيبَةَ بِطِيبٍ فِيهِ صُفْرَةٌ خَلُوقٌ أَوْ غَيْرُهُ، فَدَهَنَتْ بِهِ جَارِيَةً ثُمَّ مَسَحَتْ بِعَارِضَيْهَا، ثُمَّ قَالَتْ: وَاللَّهِ مَا لِى بِالطِّيبِ مِنْ حَاجَةٍ غَيْرَ أَنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثِ لَيَالٍ إِلا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا».

١٢٤٨ – قَالَتْ زَيْنَبُ: ثُمَّ دَخَلْتُ عَلَى زَيْنَبَ بِنْتِ جَحْشٍ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ حِينَ تُوُفِّيَ أَخُوهَا، فَدَعَتْ بِطِيبٍ، فَمَسَّتْ بِهِ، ثُمَّ قَالَتْ: وَاللَّهِ مَا لِى بِالطِّيبِ حَاجَةٌ غَيْرَ أَنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ تُحِدُّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثِ لَيَالٍ إِلا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا».

١٢٤٩ – قَالَتْ زَيْنَبُ: وَسَمِعْتُ أُمِّى أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ تَقُولُ جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنَتِى تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا وَقَدِ اشْتَكَتْ عَيْنَيْهَا، أَفَتَكْحُلُهُمَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا»، مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلاثًا، كُلُّ ذَلِكَ

=٥٨، ١١٢٣/٢. أبو داود ٢٢٩٩، ٢٩٩/٢ كتاب الطلاق باب إحداد المتوفى عنها زوجها، عن أم حبيبة. النسائى ١٩٨/٦ كتاب الطلاق باب الإحداد، عن عائشة. أحمد ٣٧/٦، عن عائشة. عبد الرزاق برقم ١٢١٣٠، عن أم حبيبة. البيهقى ٤٣٧/٧، عن أم حبيبة.

(1) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٨٣/٧: حميد بن نافع هذا هو: أبو أفلح بن حميد وهو مولى صفوان بن خالد، ويقال: مولى أبى أيوب الأنصارى، روى عن أبى أيوب، وحج معه، وروى عن ابن عمر، وعن زينب بنت أبى سلمة، وهو ثقة مأمون، وهذه الجملة من خبره، ولم يسمع مالك منه شيئًا ولا الثورى، وهما يرويان عن عبد الله بن أبى بكر عنه، وقد سمع منه شعبة هذا الحديث وغيره.

١٢٤٨ – أخرجه مسلم فى صلاة الاستسقاء ٨٩٤. الترمذى فى ١١٩٦. النسائى فى الطلاق ٣٥٣٢. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٦٢١٤.

١٢٤٩ – أخرجه البخارى فى الجنائز ١٢٨٠، الطلاق ٥٣٣٧. مسلم فى الطلاق ١٤٨٩. الترمذى فى الطلاق واللعان ١١٩٧. النسائى فى الطلاق ٣٤٩٩، ٣٥٠٠، ٣٥٠٢، ٣٥٣١، ٣٥٣٣، ٣٥٣٣، ٣٥٣٦، ٣٥٣٧، ٣٥٣٨، ٣٥٣٩. أبو داود فى الطلاق ٢٢٩٩، ٢٣٠٤. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٨٤. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٦١١٢.

يَقُولُ: «لا»، ثُمَّ قَالَ: «إِنَّمَا هِيَ ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وَقَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ».

قَالَ حُمَيْدُ بْنُ نَافِعٍ: فَقُلْتُ لِزَيْنَبَ: وَمَا تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ؟ فَقَالَتْ زَيْنَبُ: كَانَتِ الْمَرْأَةُ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا دَخَلَتْ حِفْشًا، وَلَبِسَتْ شَرَّ ثِيَابِهَا، وَلَمْ تَمَسَّ طِيبًا، وَلا شَيْئًا حَتَّى تَمُرَّ بِهَا سَنَةٌ، ثُمَّ تُؤْتَى بِدَابَّةٍ حِمَارٍ أَوْ شَاةٍ أَوْ طَيْرٍ، فَتَفْتَضُّ بِهِ، فَقَلَّمَا تَفْتَضُّ بِشَيْءٍ إِلا مَاتَ ثُمَّ تَخْرُجُ، فَتُعْطَى بَعْرَةً، فَتَرْمِي بِهَا، ثُمَّ تُرَاجِعُ بَعْدُ مَا شَاءَتْ مِنْ طِيبٍ أَوْ غَيْرِهِ.

قَالَ مَالِك: وَالْحِفْشُ الْبَيْتُ الرَّدِيءُ، وَتَفْتَضُّ تَمْسَحُ بِهِ جِلْدَهَا كَالنُّشْرَةِ.

١٢٥٠ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ، عَنْ عَائِشَةَ وَحَفْصَةَ زَوْجَيِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثِ لَيَالٍ إِلا عَلَى زَوْجٍ».

الشرح: قوله ﷺ: **«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر»**، يحتمل أن يكون هذا الحكم يختص بالمؤمنات، ويحتمل أن يكون على سبيل الترغيب فى ذلك، والوعيد لمن خالفه، بمعنى أن هذا لا يتركه من يؤمن بالله واليوم الآخر، وهذا كقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه»(*).

وقد اختلف قول مالك فى تعلق حكم الإحداد بالكتابية يتوفى عنها زوجها المسلم، فروى عنه أشهب: لا إحداد عليها، وبه قال أبو حنيفة. وروى عنه ابن القاسم وغيره: أن عليها الإحداد كالمسلمة، وبه قال الشافعى.

وجه الرواية الأولى أن الإحداد عبادة، والكتابية ليست من أهل العبادة.

١٢٥٠ – أخرجه مسلم فى الطلاق ١٤٩٠. النسائى فى الطلاق ٣٩٠١، ٣٥٣٤. أبو داود فى الطلاق ٢٣٠٢. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٨٥، ٢٠٨٦، ٢٠٨٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٥٧٢، ٢٤٩٨٦، ٢٥٥٩٠، ٢٥٨٧٢، ٢٥٩٢٣. الدارمى فى ٢٢٨٣.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٠١٨، ٦٠١٩، ٦١٣٥. مسلم حديث رقم ٤٧، ٤٨. الترمذى حديث رقم ١٩٦٧، ٢٥٠٠. أبو داود حديث رقم ٣٧٤٨، ٥١٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٣٦٧٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٦٥٨٤.

ووجه الرواية الثانية أن هذا حكم من أحكام العدة، فلزمت الكتابية للمسلم كلزوم المسكن والعدة.

مسألة: ومن تزوج امرأة، فمات بعد بنائه بها، فتبين أن نكاحهما فاسد. قال ابن القاسم فى المدونة: لا إحداد عليها، ولا عدة وتستبرئ بثلاث حيض.

ووجه ذلك أنها ليست بمعتدة من وفاة، فلم يلزمها إحداد كالمطلقة.

قال القاضى أبو الوليد: وهذا عندى فى التى يفسخ نكاحها، ولم يثبت بينهما شىء من أحكام النكاح من توارث ولا غيره. وأما التى يثبت بينهما أحكام التوارث، فإنها تعتد عدة الوفاة، ويلزمها الإحداد، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث**»، الإحداد ترك الزينة من اللباس والطيب والحلى والكحل، يقال حدت المرأة، فهى حاد، وأحدت، فهى محدة[1] .

قال أبو زيد: ولم يعرف الأصمعى حدت، فأعلم ﷺ أنه محرم على النساء أن تستديم إحداهن الإحداد على الميت فوق ثلاث، ولم يمنع من الثلاث؛ لكونها فى جملة ما يقصر من المدد التى ربما ترك الزينة إليها من لا يقصد ذلك، وربما شق فى هذه المدة التطيب والخروج عن حكم الإحداد مع فجأة أول الحزن والمصيبة.

فصل: وقوله ﷺ: «**إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا**»[2]، وهذا على معنى الإيجاب لا على معنى الإباحة، فاستثنى من التحريم الإيجاب، وهذا يقتضى أن لفظة «افعل» بعد الحظر على بابها خلافًا لمن قال من أصحابنا وغيرهم أنها تقتضى الإباحة، والله أعلم.

مسألة: وسواء كانت حرة أو أمة، صغيرة أو كبيرة، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا إحداد على أمة ولا صغيرة.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على

---

(١) تحد: يقال أحدت المرأة تحد إحدادًا وحدت تحد حدادًا، والحداد والإحداد مشتق من الحد وهو المنع لأنها تمنع الزينة والطيب.

(٢) قال القاضى عياض: استفيد وجوب الإحداد فى المتوفى عنها زوجها من اتفاق العلماء على حمل الحديث على ذلك مع أنه ليس فى لفظه ما يدل على الوجوب. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٢/٤٠.

ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»(*)، وقد اتفقنا على أنه على الوجوب، فوجب أن يحمل على عمومه.

ومن جهة المعنى أن كل من لزمها عدة الوفاة على زوج، لزمها الإحداد كالحرة الكبيرة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فليس لموالى الأمة منعها من الإحداد، والمبيت في موضع عدتها، وتخرج بالنهار في حوائجهم، وإن أرادوا بيعها لم يلبسوها، ولا يصنعوا بها ما لا يجوز للحاد، قاله مالك.

ووجه ذلك أن هذا حكم من أحكام النكاح، فلم يكن لهم منعها منه كملك الزوج الاستمتاع بها.

فصل: وقوله ﷺ: **«أن تحد على ميت»**، يقتضى اختصاص هذا الحكم بالوفاة. وأما حكم المطلقة، فلا تعلق له بالحديث. وقد قال مالك: لا إحداد على مطلقة، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: عليها الإحداد. ويروى عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار.

والدليل على ما نقوله أن هذه مطلقة، فلا إحداد عليها كالرجعية.

ووجه آخر، وهو أن المتوفى فارق زوجته، وهو على نهاية الإشفاق عليها والرغبة فيها، ولم تكن المفارقة من قبله، فلزمها لذلك الإحداد وإظهار الحزن، والمطلقة فارقها مختارًا لفراقها مقابحًا لها، فلا يتعلق بها حكم الإحداد كالملاعنة.

فصل: وقول المرأة: **«إن ابنتي اشتكت عينيها، أفتكحلهما؟»**، يحتمل أن تريد أنها اشتكت عينيها، وقد برئت، أفتتمادى على الاكتحال.

ويحتمل أن تريد اشتكت عينيها، وهي الآن على ذلك، إلا أنها استأذنت في كحل زينة، ولم تستأذن فيما نداوى به العين مما لا زينة فيه، مما يجعل خارج العين أو يقطر فيه، فلا تكون فيه زينة، فمنعها ﷺ من ذلك لما رأى أنها سالمة عما لا ضرورة بها إليه.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٣١٣، ١٢٨٢، ٥٣٣٥، ٥٣٤١، ٥٣٤٥. مسلم حديث رقم ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٩٠. الترمذي حديث رقم ١١٩٥، ١١٩٦. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٥٠٠، ٣٥٠٣، ٣٥٢٧، ٣٥٣٣. أبو داود حديث رقم ٢٢٩٩. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٨٥، ٢٠٨٦، ٢٠٨٧.

ووجدت لمالك، ولم أتحققه، أنه قال: لا تكحل المتوفى عنها زوجها بالإثمد، ولا بشىء فيه سواد، ولا بصفرة أو شىء يغير الألوان، ولا تكحل بإثمد فيه طيب ولا مسك، وإن اشتكت عينيها.

وإن صحت عنه هذه الرواية، فمعناها أن لا تدعو إلى ذلك ضرورة، فقد أشار فى الحديث إلى أنها تكتحل بما فيه صبر إذا دعت إلى ذلك ضرورة، وهو المعروف من مذهبه.

ويحتمل أن يكون النبى ﷺ قد فهم منه خفة المرض ويسارة الصبر عليه وأنه يرجى برؤه، وتوقفه من غير كحل، ولذلك قالت أم سلمة لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينيها: اكتحلى بكحل الجلاء بالليل، وامسحيه بالنهار.

وقال سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار: إذا خشيت على بصرها من رمد بها أو شكوى أصابتها، أنها تكتحل، وتتداوى بدواء أو بكحل، وإن كان فيه طيب.

وقال ابن المواز، عن مالك: إن اكتحلت من علة وضرورة بالصبر بالليل، فلتمسحه بالنهار، وإن كان فيه طيب عند الضرورة، فدين الله يسر.

وقال مالك فى المختصر الصغير: لا تكتحل الحاد، إلا أن تضطر، فتكتحل بالليل، وتمسحه بالنهار من غير طيب يكون فيه، فيحتمل أن يريد بهذا أنها لم تضطر إلى الطيب.

فصل: وقوله ﷺ: «**إنما هى أربعة أشهر وعشر**»، على وجه الإخبار بمدة الإحداد الواجب على زوجة المتوفى، وذلك أربعة أشهر وعشر، فإن ارتابت هذه المعتدة، فقد روى ابن حبيب، عن مطرف وابن القاسم، عن مالك: أن الإحداد عليها حتى تنقضى الريبة، وإن بلغت خمس سنين.

فصل: وقوله ﷺ: «**وقد كانت إحداكن ترمى بالبعرة على رأس الحول**»، روى ابن مزين، عن عيسى بن وهب أنها كانت تؤتى ببعرة من بعر الغنم، فترمى بها من وراء ظهرها.

وروى عن نافع: أنها كانت ترمى بالبعرة أمامها، وليس وراء ظهرها، كما قال بعض الناس. قال ابن وهب، فذلك أجلها، وقد رأيت لغيره أنها كانت تتأول فى ذلك أن صبرها مدة الحول على ما كانت فيه أهون عليها من الرمى بهذه البعرة.

وقد روى أن قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا وصية لأزواجهم متاعًا إلى الحول غير إخراج﴾ [البقرة: ٢٤٠]، نزل فى ذلك، ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن أربعة أشهر وعشرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] تقديره على ما قال أبو الحسن الأخفش: يتربصن بعد وفاتهم أربعة أشهر وعشرًا.

فصل: وما ذكرته زينب من حكم الحول من أنها كانت تسكن الحفش، وتلبس شر ثيابها، هو معنى الإحداد.

فذكرهن النبى ﷺ أن ما ورد به الشرع فى مدة أربعة أشهر وعشر، ليس مما كن يلتزمنه فى حول كامل، نبهن على ذلك ترغيبًا لهن فى التزام ما أمرهن الله به، وخفف عنهن فيه من الإحداد، ولا يتسرعن إلى الممنوع منه بغير عذر، فوجب ولا يستثقلن ما أوجب الله عليهن.

فصل: وقول مالك: «الحفش، البيت الردىء»، روى ابن وهب، عن مالك: الحفش البيت الصغير، وكذلك قال الخليل. وقال أبو عبيد: الحفش الدرج، وجمعه أحفاش، ولعله شبه البيت الصغير به، وسماه باسمه.

فصل: وقوله: «فتفتض به»، قال مالك: معناه تتمسح به كالنشرة. وقال ابن زيد، عن عيسى، عن ابن وهب: تفتض تمسح بيدها عليه أو على ظهره.

وقد قيل إن معنى ذلك، أنها تنظف به حتى يصير كالفضة، ويبعد هذا فى شىء من الحيوان؛ لأنه لا يتأتى به هذا، وإنما يتأتى به ما وصفه مالك، رحمه الله، أو ما قاله ابن وهب.

وقد قال ابن مزين، عن عيسى: إن معنى تفتض به، تتمسح به، لعلها لأنها كانت تقيم حولاً لا تغتسل، ولا تمس طيبًا، فيكثر عليها الوسخ، وتشتد رائحة العرق، فقلما تتمسح بشىء إلا مات. وروى يحيى بن يحيى، عن ابن نافع ومحمد بن عيسى الأعشى مثله، والله أعلم.

١٢٥١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِىِّ ﷺ قَالَتْ لامْرَأَةٍ حَادٍّ عَلَى زَوْجِهَا اشْتَكَتْ عَيْنَيْهَا، فَبَلَغَ ذَلِكَ مِنْهَا: اكْتَحِلِى بِكُحْلِ الْجِلاءِ بِاللَّيْلِ، وَامْسَحِيهِ بِالنَّهَارِ.

١٢٥١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٣٢.

١٢٥٢ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُمَا كَانَا يَقُولانِ فِي الْمَرْأَةِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: إِنَّهَا إِذَا خَشِيَتْ عَلَى بَصَرِهَا مِنْ رَمَدٍ بِهَا أَوْ شَكْوٍى أَصَابَهَا إِنَّهَا تَكْتَحِلُ وَتَتَدَاوَى بِدَوَاءٍ أَوْ كُحْلٍ وَإِنْ كَانَ فِيهِ طِيبٌ.

قَالَ مَالِك: وَإِذَا كَانَتِ الضَّرُورَةُ، فَإِنَّ دِينَ اللَّهِ يُسْرٌ.

الشرح: قولها، رضى الله عنها: **«اكتحلى بكحل الجلاء بالليل، وامسحيه بالنهار»،** كحل الجلاء، قال أبو عبيدة: هو عندنا الإثمد، سمى بذلك؛ لأنه يجلو البصر، فيقويه، أو يجلو الوجه، فيحسنه.

وقولها: **«وامسحيه بالنهار»،** يقتضى أن له لونًا ظاهرًا، ولذلك أمرتها بمسحه بالنهار.

قال القاضى أبو الوليد: وذلك عندى إذا لم تدع إلى إيقاعه بالنهار ضرورة من شدة مرض، ومخافة على البصر.

وبذلك قال سالم وسليمان: إنها إذا خشيت على بصرها، أنها تكتحل، ولم يخصا كحلاً من كحل، وإنما ذلك بحسب المرض، وما تدعو الضرورة إليه، وإباحة ذلك، وإن كان فى الكحل والدواء طيب.

وأشار مالك إلى أن ما أباحه من ذلك للضرورة، فإن دين الله يسر.

١٢٥٣ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِى عُبَيْدٍ اشْتَكَتْ عَيْنَيْهَا، وَهِيَ حَادٌّ عَلَى زَوْجِهَا عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَلَمْ تَكْتَحِلْ حَتَّى كَادَتْ عَيْنَاهَا تَرْمَضَانِ.

الشرح: ومعنى ذلك أنها أخذت بالشدة فى نفسها، فصبرت على ما أصابها من مرض أو رمد فى عينيها، ولم تكحلهما، وأشفقت من معالجتهما بذلك حتى كادت عيناها ترمضان.

والرمض قذى أبيض تلفظه العين، يقال عين رمضاء، وهذا يقتضى أن شكوى عينيها كان أمرًا خفيفًا؛ لأن الرمض يحدث فى العين من أيسر شكوى، وهو قد أخبر أن ما أصابها كاد يبلغها ذلك، ولم تبلغه.

١٢٥٢ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٣٤.

١٢٥٣ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٤٧/٧. الأثر ١٢١٢٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٣٥.

وقال ابن القوطية: رمضت العين، ترمض، إذا أضر بها القذى، وهذا أشبه بنسق الحديث وظاهره، فمعناه أنه كاد أن يبلغ بما أصابها من شكوى عينيها مع إمساكها عن الكحل إلى أن يضر بها الرمض والضرر واقع على مقادير مختلفة متباينة، فيحتمل أنه أراد، إلا إن كان يضر بها ضررًا يشتد عليها، والله أعلم.

قال أبو عبيد الهروى: هو رمضان، بالضاد المعجمة مأخوذ من الرمضاء، وهو اشتداد الحر على الحجارة حتى تحمى، فتقول: هاج بعينها من الحر، مثل ذلك، فشبه الحر الذى يظهر بالعين بذلك، والمشهور من الرواية ما قدمناه، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: تَدَّهِنُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا بِالزَّيْتِ وَالشِّيرِقِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ طِيبٌ، والله أعلم.

الشرح: ومعنى ذلك أنها تدهن رأسها وشعرها بالزيت والشيرق، وهو زيت السمسم إذا لم يكن فيما تدهن به من ذلك طيب.

وقد قال فى المدونة: لا تدهن بشىء من الأدهان المزينة، ولا تمشط بالحناء، ولا بالكتم، ولا بشىء يختمر فى رأسها، ولا بأس أن تمشط بالسدر وشبهه مما لا يختمر فى رأسها تكون له رائحة طيبة لا تمشط به الحاد.

قال القاضى أبو محمد: كالبان والخيرى ودهن الورد والبنفسج وما أشبه ذلك لما أمرت به من اجتناب الطيب، والله أعلم. وروى ابن المواز، عن مالك: لا تحضر عمل الطيب، ولا تتبخر به، وإن لم يكن لها كسب غيره حتى تحل.

فرع: ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها بشىء من ذلك، ففى العتبية من رواية أشهب، عن مالك: لا تنفض مشطتها أرأيت لو اختضبت.

وقال بعض الصقليين: إذا لزمت المرأة عدة الوفاة، وعليها طيب، فليس عليها غسله بخلاف من يحرم وعليه طيب. وقد قال القاضى أبو محمد: إن الكحل والحناء مما تجتنبه الحاد، ولا تستعمله إلا لضرورة.

قَالَ مَالِك: وَلا تَلْبَسُ الْمَرْأَةُ الْحَادُّ عَلَى زَوْجِهَا شَيْئًا مِنَ الْحَلْيِ خَاتَمًا وَلا خَلْخَالا وَلا غَيْرَ ذَلِكَ مِنَ الْحَلْيِ، وَلا تَلْبَسُ شَيْئًا مِنَ الْعَصْبِ إلا أَنْ يَكُونَ عَصْبًا غَلِيظًا، وَلا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِشَيْءٍ مِنَ الصِّبْغِ إلا بِالسَّوَادِ، وَلا تَمْتَشِطُ إلا بِالسِّدْرِ وَمَا أشبه ذلك مِمَّا لا يَخْتَمِرُ فِي رَأْسِهَا.

الشرح: قوله: «**لا تلبس الحاد شيئًا من الحلى خاتمًا، ولا خلخالاً ولا غيره**»، قال ابن مزين: سألت عيسى، فقلت له: من الفضة والذهب؟ قال: نعم.

وروى ابن المواز، عن مالك: لا تلبس حليًا، وإن كان حريرًا ولا خرصًا فضة، ولا غيره، وفى الجملة أن كل ما تلبسه المرأة على وجه ما يستعمل عليه الحلى من التجمل، فلا تلبسه الحاد.

ولعل عيسى إنما قصر ذلك على الفضة والذهب لما كان هذا المعروف ببلده، ولم يكن حلى الحرير، ولم يتخذ بها، ولم ينص أصحابنا على الجوهر واليواقيت والزمرد، وهو داخل تحت قوله: «ولا غير ذلك من الحلى»، فكل ما يقع عليه هذا الاسم ممنوع عنده، والله أعلم. قال القاضى أبو محمد: وجميع ما يتزين به النساء لأزواجهن.

فصل: وقوله: «**ولا تلبس شيئًا من العصب، إلا أن يكون عصبًا غليظًا**»، قال ابن القاسم: لأن رقيقه بمنزلة الثياب المصبغة، ولم ير غليظه بمنزلة الثياب المصبغة. وروى ابن مزين، عن عيسى بن دينار: تلبس الحاد الوشى الغليظ، وحلة يمانية غليظة.

وإنما كره لها أن تلبس من العصب، وثياب اليمن الحلل والبرود؛ لأنها زينة، وتلبس الحاد من المروى والشطوى والقصبى والإسكندرانى، رقيقه وغليظه.

وقال مالك فى المدونة: لا تلبس الحاد من الثياب المصبغة الدكن، والخضر والصفر والمصبغات بغير الورس والزعفران والمعصفر. قال القاضى أبو محمد: لا تلبس الأحمر ولا الأصفر ولا الأخضر ولا الخلوقى.

قال مالك: صوفًا كان أو كتانًا أو قطنًا، ولا تلبس خزًا ولا حريرًا مصبوغًا بزعفران، ولا عصفر، ولا خضر، ولا غير ذلك. قال مالك فى كتاب ابن المواز: ليس لها لبس الأسود إن كان حريرًا.

وفى المدونة: وتلبس أبيض الحرير. قال القاضى أبو محمد: وتلبس من ذلك الأسود والسابرى.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنهم يريدون بالأسود ما يسمى عندنا غرابيًا، وأما ما يصبغ بالسمائى، فإنه جميل، ومما يتجمل به. وقد قال القاضى أبو محمد: كل ما كان من الألوان يتزين به النساء لأزواجهن، فلتمنع منه الحاد.

١٢٥٤ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ، وَهِيَ حَادٌّ عَلَى أَبِي سَلَمَةَ، وَقَدْ جَعَلَتْ عَلَى عَيْنَيْهَا صَبِرًا، فَقَالَ: «مَا هَذَا يَا أُمَّ سَلَمَةَ؟» قَالَتْ: إِنَّمَا هُوَ صَبِرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «اجْعَلِيهِ فِي اللَّيْلِ، وَامْسَحِيهِ بِالنَّهَارِ».

الشرح: قوله ﷺ: «**اجعليه بالليل، وامسحيه بالنهار**»، يحتمل وجهين، أحدهما: الصبغ الذى يضارع ما يتجمل به. والثانى: الإلباس على الناس، فالجاهل يقلد فيه، والعالم ينكره.

وقد روى عن مالك والمختصر الصغير: لا تكتحل الحاد، إلا أن تضطر، فتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار، من غير طيب يكون فيه. ومعنى ذلك عندى بعذر المرض، وما يبلغ من الألم، ويبقى منه من الشدة.

قَالَ مَالِك: الإِحْدَادُ عَلَى الصَّبِيَّةِ الَّتِي لَمْ تَبْلُغِ الْمَحِيضَ كَهَيْئَتِهِ عَلَى الَّتِي قَدْ بَلَغَتِ الْمَحِيضَ، تَجْتَنِبُ مَا تجتنبه الْمَرْأَةُ الْبَالِغَةُ إِذَا هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن الإحداد يلزم الحرة الصغيرة على حسب ما يلزم الكبيرة، وكذلك الأمة خلافًا لأبى حنيفة.

والأصل فى ذلك ما روى عن النبى ﷺ أن امرأة سألته عن ابنة لها، توفى عنها زوجها، فاشتكت عينيها، أفتكحلهما، فقال رسول الله ﷺ: «لا» مرتين أو ثلاثًا، ولم يسأل عن سنها، استدل بهذا القاضى أبو محمد.

والدليل على ذلك من جهة المعنى أن كل من لزمتها العدة بالوفاة، لزمها الإحداد كالكبيرة.

مسألة: فإن كانت ممن يعقل الأمر والنهى، وتلتزم ما حد لها، أمرت بذلك، وإن كانت لا تدرك شيئًا من ذلك تحد لصغرها، فروى ابن مزين، عن عيسى: يجنبها أهلها ما تجتنبه الكبيرة، وذلك لازم لها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فليس لموالى الأمة منعها من الإحداد، والمبيت فى موضع عدتها.

١٢٥٤ – أخرجه أبو داود فى الطلاق ٢٣٠٥. النسائى فى الطلاق ٦/٢٠٤، ٢٠٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٣٣.

قَالَ مَالِك: تُحِدُّ الأَمَةُ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ مِثْلَ عِدَّتِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن الأمة تحد إذا توفى عنها زوجها خلافًا لأبى حنيفة؛ لأنها معتدة من وفاة كالحرة ومدة الإحداد من عدتها شهران وخمس ليال؛ لأن عدتها نصف عدة الحرة على ما تقدم من اعتدادها بالأقراء، والله أعلم.

مسألة: وهذا حكم أم الولد والمكاتبة والمدبرة؛ لأن كل من لزمتها عدة وفاة من زوجها، لزمها الإحداد، وإنما يختلف حكم الحرية والرق من ذلك فى المدة، فعلى الحرة أربعة أشهر وعشر، وعلى من فيها بقية رق شهران وخمس ليال.

قَالَ مَالِك: لَيْسَ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ إِحْدَادٌ إِذَا هَلَكَ عَنْهَا سَيِّدُهَا، وَلا عَلَى أَمَةٍ يَمُوتُ عَنْهَا سَيِّدُهَا إِحْدَادٌ، وَإِنَّمَا الإِحْدَادُ عَلَى ذَوَاتِ الأَزْوَاجِ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه ليس على أم الولد ولا الأمة إحداد إذا توفى عنها سيدها؛ لأنه ليس عليها عدة المتوفى عنها زوجها، وإنما عليها أن تحيض حيضة بعد وفاته، وهذا له حكم الاستبراء أو حكم العدة، وقد تقدم ذكره، وبالله التوفيق.

١٢٥٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تَقُولُ: تَجْمَعُ الْحَادُّ رَأْسَهَا بِالسِّدْرِ وَالزَّيْتِ.

الشرح: قولها: **«تجمع رأسها بالسدر والزيت»**، على ما يفعله نساء المشرق من أن تجمع المرأة شعرها بشىء يحفظه لها من ريحان أو سدر أو غير ذلك، فإذا كانت فى حال إحداد، لم تجمع إلا بما ليس فيه رائحة طيبة كالسدر، ويكون ما تجمعه به من الادهان كالخل والزيت، وهو الشيرق وما أشبه ذلك مما ليس بطيب، والله أعلم.

تم كتاب الطلاق بحمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

* * *

انتهى الجزء الخامس ويليه إن شاء الله تعالى

الجزء السادس وأوله كتاب الرضاع

* * *

١٢٥٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٣٦.

المحتويات

كتاب النكاح ٣
باب ما جاء فى خطبة النساء ٣
استئذان البكر والأيم فى أنفسهما ٨
باب ما جاء فى الصداق والحباء ٢٥
الباب الأول فى أن هبة البضع من غير عوض لا يجوز ٢٧
الباب الثانى فى حكم النكاح بلفظ الهبة مع ذكر العوض ٢٨
الباب الأول فى ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب المؤثرة فى منع الاستمتاع ٣٢
الباب الثانى فى تفسير المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج ٣٢
الباب الثالث فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس ٣٣
الباب الرابع فى موجب الفرقة بذلك بعد المسيس ٣٤
الباب الأول فى صفته ٣٦
الباب الثانى فى حكم نكاح التفويض قبل المسيس ٣٧
الباب الثالث فى حكم نكاح التفويض بعد المسيس ٣٩
الباب الرابع فيما يعتبر فى مهر المثل ٣٩
الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس ٥٣
الباب الثانى فى حكم النكاح المنعقد على ذلك ٥٧
إرخاء الستور ٥٨
المقام عند الأيم والبكر ٦١
ما لا يجوز من الشروط فى النكاح ٦٧
نكاح المحلل وما أشبه ٧١
ما لا يجمع بينه من النساء ٧٧
ما لا يجوز من نكاح الرجل أمّ امرأته ٨٢
نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه مما يكره ٩١
جامع ما لا يجوز من النكاح ٩٣

الباب الأول فى مقارنة الشهادة لعقد النكاح ١٠٠
الباب الثانى فى صفة من يثبت النكاح بشهادته ١٠٢
نكاح الأمة على الحرة ١١٢
ما جاء فى الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته ففارقها ١٢١
ما جاء فى كراهية إصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابنتها ١٢٢
النهى عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه ١٢٥
النهى عن نكاح إماء أهل الكتاب ١٢٨
ما جاء فى الإحصان ١٣١
الباب الأول فى صفات المحصن ١٣٤
الباب الثانى فى وصف ما يكمل به الإحصان من العقود ١٣٦
الباب الثالث فى ذكر ما يقع به الإحصان من الجماع ١٣٧
الباب الرابع فيما يثبت به حكم الإحصان ١٣٨
نكاح المتعة ١٤٠
نكاح العبد ١٤٤
الباب الأول فى ملك السيد نكاح العبد ١٤٧
الباب الثانى فيما يجوز من عقده على نفسه ١٤٨
الباب الثالث فى حكم المهر والنفقة فى نكاح العبد ١٥٠
نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله ١٥٢
ما جاء فى الوليمة ١٦٣
جامع النكاح ١٧٥
كتاب الطلاق ١٨٢
ما جاء فى البتة ١٨٢
باب ما يجوز إيقاعه من الطلاق ١٨٢
ما جاء فى الخلية والبرية وما أشبه ذلك ١٩٢
ما يبين من التمليك ٢١٠
ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك ٢١٧
ما لا يبين من التمليك ٢٢٥
الإيلاء ٢٢٩
باب الإيلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الحالف بها شيء كالحالف بالله أو بصفة من صفاته ٢٣١
إيلاء العبد ٢٥٠
ظهار الحر ٢٥٠
باب فأما ألفاظه فأصلها أنت عليَّ كظهر أمي ٢٥٢

باب ٢٥٤
ظهار العبد... ٢٧٧
ما جاء فى الخيار ٢٨١
ما جاء فى الخلع... ٢٩٥
طلاق المختلعة ٣١٠
ما جاء فى اللعان... ٣١٤
ميراث ولد الملاعنة... ٣٤٢
طلاق البكر... ٣٤٣
طلاق المريض... ٣٤٦
الباب الأول فى صفة المرض الذى به يبقى حكم ميراث المطلقة..................... ٣٤٧
الباب الثانى فى حكم طلاق المريض ٣٤٨
ما جاء فى متعة الطلاق ٣٥٣
ما جاء فى طلاق العبد... ٣٥٥
نفقة الأمة إذا طلقت وهى حامل... ٣٥٧
عدة التى تفقد زوجها... ٣٥٨
ما جاء فى الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض... ٣٦٥
ما جاء فى عدة المرأة فى بيتها إذا طلقت فيه... ٣٨٠
ما جاء فى نفقة المطلقة ٣٨٧
ما جاء فى عدة الأمة من طلاق زوجها ٣٩٢
جامع عدة الطلاق... ٣٩٥
ما جاء فى الحكمين... ٤٠٤
ما جاء فى يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح... ٤٠٨
أجل الذى لا يمس امرأته ٤١٣
جامع الطلاق ٤٢٢
الباب الأول فى ذكر من يستحق النفقة من الزوجات ٤٣٤
وتستحق عليه من الأزواج... ٤٣٤
الباب الثانى فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز ٤٣٧
الباب الثالث فى قدر النفقة وصفتها... ٤٣٨
الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالإعسار عن ذلك ٤٤٣
عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً... ٤٤٥
مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تحل ٤٤٩
عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها ٤٦٣
عدة الأمة إذا توفى زوجها أو سيدها... ٤٦٦

ما جاء في العزل.. ٤٦٧
ما جاء في الإحداد ٤٧١
المحتويات... ٤٨٣